JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

Direito

Org. Gilmar Ferreira Mendes

Org. Prof. Gilmar Ferreira Mendes

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

1ª edição

DOI 10.11117/9788565604079

Autores:

Gustavo Carvalho Chehab

Marcus Flávio Horta Caldeira

Fernando Brandini Barbagalo

Amaury de Matos Rodrigues

Priscila Cunha do Nascimento

Beatriz Veríssimo de Sena

Fernanda Oliveira de Moraes Vasconcelos

Cosmo Lima de Souza

Marcus Firmino Santiago

Editora IDP

Brasília

2012

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

Gustavo Carvalho Chehab[1]
DOI 10.11117/9788565604079.01

Resumo: Discute-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e o papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional. Para isso, faz-se um estudo sobre os direitos fundamentais, a Jurisdição Constitucional e a autonomia de vontade nas relações privadas. São apresentadas as teorias da eficácia horizontal e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que, no Brasil, predomina a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente aquelas em que há uma relação de poder.

Abstract: This article discuss the effectiveness of fundamental rights in private relations and the function of the Constitutional Jurisdiction. The study covers the fundamental rights, Constitutional Jurisdiction and individual liberty in private relations. The theories of horizontal effectiveness and judgments by the Brazilian Supreme Court are presented. The conclusion is that, in Brazil, predominates the thesis of the direct effectiveness of fundamental rights to private relations, especially those where there is a power relation.

Introdução

O Estado Democrático de Direito, instituído pelas modernas Constituições, funda-se na conjugação de Democracia com a observância dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos fundamentais, desde

[1] O autor é juiz do trabalho na 10ª Região (DF e TO), aluno especial do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Uniceub (DF) e foi juiz do trabalho na 5ª Região (BA) e professor universitário de Direito Constitucional na Bahia.

a sua origem, são conquistas do indivíduo e da sociedade em face do Estado e ganharam particular preponderância no Direito Constitucional após os horrores da 2ª Guerra Mundial. A Constituição Federal brasileira de 1988 traz extenso rol de direitos fundamentais, situado logo nos primeiros artigos, o que revela, por si só, a importância deles no ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, como lembra Pérez Luño[2], "los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constituición, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional"[3].

Por isso, o Poder Judiciário, através da Jurisdição Constitucional, vem discutindo a ampliação do âmbito do alcance dos direitos fundamentais também às relações privadas. O Direito Civil e os seus institutos passam a ser visto sob a ótica da Constituição.

O estudo das decisões emanadas das Cortes Constitucionais, especialmente na Alemanha, onde surgiu a discussão, e no Brasil, é primordial para a compreensão e discussão sobre a incidência e a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado.

2 Direitos fundamentais

2.1 Origem

Os direitos fundamentais surgem como uma oposição, uma resistência da ação do Estado em face do cidadão. Sua concepção doutrinária foi sendo lapidada ao longo da História.

Ingo Sarlet menciona que "do antigo testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido

---

[2] PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª Edición. Madrid: Tecnos, 2011, p. 64.

[3] Tradução livre: os direitos fundamentais são parte do núcleo que define a própria Constituição, cuja permanência se faz necessária para manter y salvaguardar a própria identidade do texto constitucional.

feito à imagem e semelhança de Deus"[4]. Pérez Luño[5] destaca que o pensamento de São Tomás de Aquino, defensor de um Direito natural, como expressão da racionalidade humana, pregava que a obediência ao Direito positivo dependia de sua conformidade com o Direito natural, gerando "*un derecho de resistencia frente al arbítrio de quienes gobiernan*"[6].

O pensamento tomista teve forte influência no humanismo renascentista Pico della Mirandola e no nominalismo de Guilherme de Occam[7]. A filosofia iluminista, que teve seu ápice em Emmanuel Kant, culminou o processo de elaboração doutrinária acerca dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana[8]. No plano normativo, houve a *Magna Carta* na Inglaterra em 1215 e a Declaração de Direitos do povo da Virgínia em 1776.

Os direitos fundamentais, com a Revolução Francesa, nascem como "conquistas históricas nas lutas pelas liberdades travadas entre indivíduos e Estado"[9].

2.2 Conceito

Para Pérez Luño[10], "los derechos fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado"[11]. Jorge Mancini[12] destaca que direitos fundamentais são aqueles direitos humanos, essenciais a pessoa humana, reconhecidos como indispensáveis nos ordenamentos nacionais e internacionais, básicos e de hierarquia superior.

---

[4] SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 45-46.
[5] PÉREZ LUÑO, *op. citato*, p. 26.
[6] Tradução livre: um direito de resistência frente ao arbítrio de quem governa.
[7] SARLET, *op. citato*, p. 46.
[8] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, 3ª Triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87; SARLET, *op. citato*, p. 48.
[9] VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 32.
[10] PÉREZ LUÑO, *op. citato*, p. 40.
[11] Tradução livre: os direitos fundamentais são aqueles garantidos constitucionalmente aos cidadãos, enquanto membros de um determinado Estado.
[12] MANCINI, Jorge Rodríguez. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea Editorial, 2007, p. 11.

Direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva[13], são:

> aquelas prerrogativas e instituições que [o ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...] Trata[-se] de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Gilmar Mendes[14] assinala que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos, que outorgam a seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados, e elementos primordiais da ordem constitucional objetiva, por formarem a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático de Direito.

Jairo Schäfer assinala que, em sentido formal, direitos fundamentais são "aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões (individual, coletiva ou social) – que, por decisão expressa do legislador constituinte", foram consagradas e catalogadas[15]. Direitos fundamentais em sentido material, para Schäfer, seriam aqueles que, apesar de não terem sido catalogados pelo constituinte, são equiparados aos direitos formalmente materiais em face do seu conteúdo e de sua importância[16].

2.3 Denominações

Há várias denominações utilizadas para designar os direitos fundamentais, dentre as quais destacam-se: direitos naturais, direitos do homem, direitos humanos (ou da pessoa humana), fundamentais, direitos individuais e liberdades públicas[17].

---

[13] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.
[14] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.
[15] SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 33-34.
[16] ID., p. 34.
[17] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 38-44.

Segundo Antonio Pérez Luño[18], "el término 'derechos fundamentales', *droits fundamenteaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre e del Ciudadano de 1789"[19].

2.4 Características

A doutrina aponta diversas características dos direitos fundamentais, que têm como premissa última a dignidade da pessoa humana[20].

Norberto Bobbio destaca que "os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, [...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual"[21].

Além dessa característica, os direitos fundamentais são universais, pois têm como destinatários todos os seres humanos pela sua própria natureza; limitados, pois não são absolutos; concorrentes, isto é podem ser exercidos cumulativamente (ex. jornalista dá a informação e emite opinião, direitos de informação e de opinião).

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis, embora seu titular possa não exercê-los; inalienáveis, "intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial [...], deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis"[22] e imprescritíveis, já que nunca deixam de ser exigíveis, sequer em face do tempo.

Ricardo Rojas apresenta outras características. Citando o art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração da Virgínia de 1776, Rojas[23] defende que os direitos fundamentais são inatos ou inerentes porque "todos los

---

[18] PÉREZ LUÑO, *op. citato*, p. 25.
[19] Tradução livre: A expressão "direitos fundamentais", *droits fundamenteaux*, aparece na França em 1770 no movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789
[20] MANCINI, *op. citato*, p. 13.
[21] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.
[22] SILVA, José Afonso. *op. citato*, p. 178.
[23] ROJAS, Ricardo Manuel. *Los derechos fundamentales y el orden jurídico y institucional de Cuba*. Buenos Aires: Fundación Cadal: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 20

seres humanos nacen con derechos, y la unica intervencion del Estado es a efectos de reconocerlos, declararlos y protegerlos normativamente, pero no de conferirlos o otorgarlos”[24]. Disso decorre que os direitos fundamentais são necessários, independem do Estado, pois resultam da própria natureza do homem e, por isso, são reconhecidos pela ordem jurídica.

Rojas[25] defende, ainda, que os direitos fundamentais são oponíveis *erga omnes*, vinculando quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou não estatais e também particulares. Paulo G. Gonet Branco adverte que nem sempre haverá aplicação de um direito fundamental a todas as relações jurídicas, pois há situações em que se discute a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e “há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado *(v. g.,* o direito de petição aos órgãos públicos)”[26].

2.5 Dimensões

Os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo os sucessivos momentos da História, em gerações ou dimensões[27].

Nos direitos fundamentais de primeira dimensão, exige-se do Estado uma ação negativa, uma abstenção. São exemplos os direitos à vida, liberdade, locomoção, expressão, religião, organização em grupos. A primeira dimensão dos direitos fundamentais “surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII”[28].

---

[24] Tradução livre: todos os seres humanos nascem com direitos, e a única intervenção do Estado é o efeito de reconhecê-los, declarar-los e protegê-los normativamente, mas não de conferir-los ou outorgá-los.

[25] ID., *ibidem*.

[26] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 119-120.

[27] Dimensão é o termo mais apropriado porque permite agrupar melhor as características básicas da indivisibilidade e da interdependência entre os direitos fundamentais. Geração induz a idéia de sucessão cronológica.

[28] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual; legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001, p. 28.

A segunda geração de direitos fundamentais aparece como reflexo da intervenção estatal na economia[29]. O liberalismo entrou em crise no século XIX e já não respondia aos anseios da sociedade. Surgem, então, os "direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência"[30] para imporem ao Estado uma prestação positiva relativamente à sociedade, um dever de fazer, contribuir, ajudar. A principal característica deles é a igualdade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, relativos à fraternidade ou à solidariedade, destinam-se "à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), [...] caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa"[31]. Eles nascem após a 2ª Guerra Mundial e dizem respeito ao desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade.

Norberto Bobbio discorre ainda sobre direitos de quarta dimensão, que estão ligados ao patrimônio genético de cada indivíduo[32]. Nessa categoria estão inclusos os direitos relacionados à biotecnologia, bioengenharia e bioética.

Alguns doutrinadores falam em uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, decorrente dos avanços tecnológicos e de informática e da "internacionalização da jurisdição constitucional, em virtude do rompimento das fronteiras físicas através da 'grande rede'"[33]. São direitos basicamente relacionados à comunicação e à informática. São direitos que rompem a noção de fronteira entre os países.

2.6 Funções

---

[29] FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão econômica do meio ambiente: a riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 45, nº 180, outubro-dezembro/2008, p. 122.
[30] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233.
[31] SARLET, *op. citato*, p. 58.
[32] BOBBIO, *op. citato*, p. 9.
[33] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 69.

Os direitos fundamentais possuem dupla função: de defesa e de prestações[34]. Para Robert Alexy[35], "el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa"[36].

Os direitos fundamentais de defesa "destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade ...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas"[37]. Por outro lado, "os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os poderes públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil" [38].

Para José Joaquim Canotilho[39], os direitos fundamentais:

> (1) constituem [...] normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam [...] o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ingo Sarlet assinala que os direitos fundamentais de defesa abrangem também a proteção "contra ingerências dos poderes públicos e – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais – contra entidades particulares"[40]. Segundo ele, esses direitos à proteção "outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerência de terceiros em determinados bens pessoais"[41].

Também para Alexy[42], a ação protetiva dos direitos fundamentais pelo Estado inclui "la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos"[43]. No que

---

[34] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 189-196; SARLET, *op. citato*, p. 194.
[35] ALEXY, *op. citato*, p. 427.
[36] Tradução livre: o direito a prestações é a exata contrapartida do conceito de direito de defesa.
[37] BRANCO, *op. citato*, p. 140.
[38] ID., p. 143.
[39] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.
[40] SARLET, *op. citato*, p. 198.
[41] ID., p. 222.
[42] ALEXY, *op. citato*, p. 427.
[43] Tradução livre: a proteção do cidadão em frente a outros cidadãos.

tange à função de proteção dos direitos fundamentais, José Canotilho[44] assim sustenta:

> Afirma-se a existência de *direitos originários* a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Percebe-se, pois, das próprias funções inerentes aos direitos fundamentais, a sua vinculação e aplicação também nas relações privadas.

3. Jurisdição Constitucional

José Alfredo Baracho destaca que "a proteção dos direitos fundamentais está totalmente associada à instituição da justiça constitucional"[45]. As Cortes constitucionais instituídas em diversos países têm a missão precípua de interpretarem e servirem de guardiãs da Constituição de um país[46]. Como os direitos fundamentais, em geral, são previstos nas Constituições, os Tribunais Constitucionais ganham relevância na interpretação e na aplicação desses direitos.

Hans Kelsen, ao discorrer sobre a Jurisdição Constitucional, lembra que as Constituições modernas trazem um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos e uma lei pode ser inconstitucional "em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta"[47].

3.1 Supremacia da Constituição e a origem e a evolução da Jurisdição Constitucional

---

[44] CANOTILHO, *op. citato*, p. 543, *sic*.
[45] BARACHO, José Alfredo de O. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31.
[46] Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 239-298.
[47] KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. In: KELSEN, *Jurisdição Constitucional, op. citato,* p. 132.

A Jurisdição Constitucional nasceu a partir do *judicial review* do direito norte-americano e ganhou forte impulso na Europa após a 2ª Guerra Mundial, especialmente na Áustria e na Alemanha. A rigor, o art. III, da Constituição dos Estados Unidos[48], que trata da competência da Suprema Corte, não prevê expressamente o controle de constitucionalidade, mas, o art. VI, seção 2, §§ 2 e 3, deixa claro a supremacia da Constituição norte-americana:

> *Article III.*
> *Section 1 - Judicial powers*
> *The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. […]*
> *Section 2 - Trial by Jury, Original Jurisdiction, Jury Trials*
> *The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; […]*
> *… omissis …*
> *Article. VI*
> *… omissis …*
> *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. […]*
> *The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution*; […][49].

[48] ESTADOS UNIDOS. The Constitution of the United States. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html >, Acesso em 5 dez. 2011.

[49] Tradução livre: Artigo III. Seção 1 - Poderes judiciais. O poder judicial dos Estados Unidos será investido em uma suprema Corte e em tribunais inferiores, tal como o Congresso ordenar e estabelecer ao longo do tempo [...]. Seção 2 - julgamento por júri, competência Original, casos do júri. O poder judicial estenderá a todos os casos, na lei e equidade, decorrentes da presente Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados feitos ou que devam ser feitos, sob a sua autoridade; [...]. Artigo VI. [...] Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e os Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição; [...].

Em fevereiro de 1803 a Suprema Corte dos Estados Unidos quando apreciou o caso de *Marbury* vs. *Madison*[50] concluiu que:

> *[…] The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means […].*
> *… omissis …*
> *Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.*
> *This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. […]*[51].

Na Europa, também houve a formação da idéia de superioridade normativa da Constituição e, com isso, a "criação de técnicas jurídicas para garantir a aplicação desse princípio"[52], por meio de um controle de constitucionalidade. Esse mecanismo de controle de constitucionalidade ganha força no decorrer do século XX, de tal modo que "a justiça constitucional será de fundamental importância para a consolidação do modelo de Direito do Estado Democrático de Direito"[53].

A jurisdição constitucional nasceu e se desenvolveu em face da supremacia da Constituição.

3.2 Efeito expansivo e irradiante dos direitos fundamentais

A discussão entre os direitos fundamentais e relações particulares ganhou relevo na jurisdição constitucional e alcançou os Tribunais Constitucionais. O papel da jurisdição constitucional alemã foi primordial para a discussão e o desenvolvimento das teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

---

[50] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury vs. Madison. U. S. (1 Cranch), v. 5, p. 177, 1803, Disponível em <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>, Acesso em 5 dez. 2011.
[51] Tradução livre: [...] A Constituição é uma espécie superior, suprema lei, imutável por meios normais [...]. Certamente todos aqueles que têm elaborado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras da lei fundamental e primordial da nação, e conseqüentemente, decorre a teoria de cada governo deve considerar que um ato do legislador violador da Constituição é nulo. Esta teoria é essencialmente inerente a uma constituição escrita e, dessa forma, deve ser considerado por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade [...].
[52] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 284.
[53] ID., *ibidem*.

Em 1950, Lüth recorreu para o Tribunal Constitucional Federal alemão contra uma sentença do Tribunal cível em que se discutia a ilicitude de boicote de um filme anti-semita. Claus-Wilhelm Canaris destaca que o Tribunal Constitucional pela primeira vez tratou da irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado[54].

Robert Alexy[55], citando decisão do Tribunal Constitucional alemão destaca que:

> *De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas ius-fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que […] vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia*[56].

A partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão, no caso Lüth, desenvolveu-se a tese de que "os direitos fundamentais 'irradiam' Direito Privado adentro"[57]. Diz-se que os direitos fundamentais vão além da garantia ao indivíduo em face do Estado, atingem o patamar de normas "que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo"[58]. "São 'princípios' que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma *eficácia expansiva* que inclui todos os âmbitos jurídicos"[59].

Os direitos fundamentais possuem dimensões que "os fazem incidentes tanto nas relações particular/Estado como nas relações particular/particular, e que os caracterizam como pautas axiológicas irradiantes por toda a ordem

---

[54] CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: MENDES, Gilmar; et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. *op. citato*, p. 228.
[55] ALEXY, *op. citato*, p. 507.
[56] Tradução livre: De acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jus-fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do individuo frente ao Estado, sem que represente, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa-objetiva que […] vale para todos os âmbitos do direito e proporciona diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a Justiça.
[57] CANARIS, *op. citato*, p. 240.
[58] MENDES, Gilmar; et. al., *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. S. Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.
[59] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

jurídica e deflagradores da unidade e adequação valorativa do sistema jurídico"[60].

Ingo Sarlet[61] ensina que:

> ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar [...] pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados.

O efeito expansivo dos direitos fundamentais e o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais ensejam sua aplicação, inclusive, nas relações entre particulares. "Os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se a toda a ordem jurídica, também nas áreas do direito privado e penal (princípio da unidade do ordenamento jurídico)"[62].

3.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais à luz da Jurisdição Constitucional alemã

Também a partir da Jurisdição Constitucional alemã, desenvolveu-se a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (*drittwirkung der grundrechte*), também chamada de eficácia horizontal (*horizontalwirkung*). Robert Alexy[63] apresenta três teorias: a) do efeito mediato (eficácia indireta), b) dos efeitos em face do Estado e c) efeito imediato (eficácia direta).

Pela teoria da eficácia indireta (ou mediata), que tem Günter Dürig como principal expoente, "o objetivo dos direitos fundamentais não é solucionar diretamente os conflitos de interesse privados; sua aplicação se realiza pela utilização dos meios jurídicos previstos pelo ordenamento"[64].

---

[60] VALE, *op. citato*, p. 90.
[61] SARLET, *op. citato*, p. 222.
[62] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 274.
[63] ALEXY, *op. citato*, pp. 511-513.
[64] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2009, p. 200.

Gilmar Mendes[65] critica essa corrente em face da ausência de uma diretriz que possibilite uma decisão clara sobre os valores que devem prevalecer em caso de conflito e em razão da desnecessidade de jurisprudência para aplicação adequada dos direitos fundamentais. Paulo G. Gonet Branco[66] (2000, p. 134) lembra que

> Agregou-se à lição da História o prestígio do axioma de que a Constituição - incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais - é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, como é o caso do Poder Legislativo - não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.

Quanto à teoria dos efeitos em face do Estado, de J. Schwabe, Alexy[67] assevera que "los efectos en la relación ciudadano/ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos"[68].

A principal objeção a essa teoria decorre do fato do Estado não ter responsabilidade pelas ações de um indivíduo em face de outro.

A teoria da eficácia direta (ou imediata) teve como pioneiro Hans Carl Nipperdey, que "asseverou, nos meados da década de 50 na Alemanha, que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, de maneira que desnecessária intermediação legislativa para a sua aplicação"[69]. Em outras palavras, "os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si"[70].

---

[65] MENDES, *op. citato*, p. 129.
[66] BRANCO, *op. citato*, p. 133.
[67] ALEXY, *op. citato*, p. 513.
[68] Tradução livre: os efeitos sobre a relação cidadão/cidadão são conseqüências da submissão do Estado aos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos.
[69] CASTRO, Leonardo Bellini de. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_eficacia_horizontal.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011, p. 12.
[70] SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalidade do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

Para Robert Alexy[71], as três teorias admitem "que en la relación ciudadano/ciudadano ambas partes son titulares de derechos fundamentales. Cada una de ellas admite gradaciones en su eficacia" [72].

3.4 Interpretação, força normativa da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais

A Jurisdição Constitucional é particularmente exercida na interpretação da Constituição feita pelos Tribunais. Juan Maria Ubillos[73] destaca que "la discusión acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas está estrechamente relacionada con el modo de entender la Constitución normativa y el orden constitucional"[74].

Na década de 1980, segundo Luís Roberto Barroso, chegou ao Brasil o debate acerca da força normativa da Constituição, antes vista como repertório de promessas vagas e sem aplicação direta e imediata. A nova dogmática constitucional, porém, reconhece a força normativa das disposições constitucionais e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. "As norma constitucionais são dotadas de imperatividade [...] e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado"[75].

Konrad Hesse afirma que "a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma"[76]. Desse modo, "a interpretação adequada é aquela que consegue

---

[71] ALEXY, *op. citato*, p. 514.

[72] Tradução livre: que na relação cidadão/cidadão ambas as partes são titulares de direitos fundamentais. Cada uma delas admite gradações em sua eficácia.

[73] UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 256-257.

[74] Tradução livre: a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas está estritamente relacionada com o modo de entender a Constituição normativa e a ordem constitucional.

[75] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Rere: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Salvador, nº 9, março-maio/2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 7 dez. 2011, p. 6.

[76] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

concretizar de forma excelente, o sentido [...] da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"[77].

A força normativa da Constituição, a exigir uma reconstrução do ordenamento a partir de suas diretrizes, enseja na reinterpretação das normas do Direito privado à luz da Constituição[78].

Paulo Bonavides[79] assinala que

> Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicado à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.
> Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.

Para Friedrich Müller[80]:

> "Concretizar" não significa [...] interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não [significa] "individualizar" uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual "mais restrito". Muito pelo contrário, "concretizar" significa: *produzir,* diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.

Jairo Schäfer entende que "interpretar os direitos fundamentais é, acima de tudo, conferir-lhes eficácia"[81]. Paulo G. Gonet Branco sustenta que[82]:

> as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático. [...] Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

---

[77] ID., pp. 22-23.
[78] UBILLOS, *op. citato*, p. 260.
[79] BONAVIDES, *op. citato*, p. 592.
[80] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 131.
[81] SCHÄFER, op. citato, p. 117.
[82] BRANCO, *op. citato*, p. 134.

Portanto, a força normativa da constituição e a nova hermenêutica constitucional apontam no sentido da concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição, "situada no ápice normativo, manifesta incidência em todo o ordenamento jurídico, mesmo no Direito Privado"[83].

De fato, "a força normativa da Constituição - e o seu papel dirigente e compromissário – sempre teve [...] uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior"[84].

4 Relações privadas e direitos fundamentais

Em geral, nas relações privadas, os negócios jurídicos nascem da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre diretamente do exercício da liberdade individual, direito fundamental de primeira dimensão. Conforme já exposto, os direitos fundamentais são concorrentes e limitados entre si.

4.1 Limitação e concorrência de direitos fundamentais

Para Gilmar Mentes e outros, haverá a concorrência de direitos fundamentais individuais quando "determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais"[85].

A existência da autonomia privada não elimina nem afasta a incidência de outros direitos fundamentais nas relações privadas. Ao contrário, em princípio, os direitos fundamentais são conjugados entre si e aplicados, sem a eliminação de qualquer deles.

A técnica jurídica é farta no sentido de apontar mecanismos para a harmonização e solução de eventual colisão entre direitos fundamentais. A busca da concordância prática, análise da dimensão do peso e importância e a ponderação dos valores constitucionais em jogo, em princípio, não afastam a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, mas, ao contrário,

---

[83] VALE, *op. citato*, p. 93.
[84] STRECK, *op. citato*, p. 103, há itálico no original.
[85] MENDES et. al., *Curso de Direito Constitucional*. *op. citato*, p. 356.

procuram aplicá-las, ainda que com menor (ou maior) incidência em face da autonomia privada[86].

André Rufino do Vale chega a dizer que "o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais [...] é um problema de colisão, que surge do fato de que, numa relação privada, esses direitos são válidos em favor e desfavor de todas as partes"[87].

4.2 Relatividade da autonomia privada

A "autonomia privada não é absoluta, pois tem que ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito de outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito"[88].

Para José João Nunes de Abrantes, "a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos"[89].

Mesmo nas relações privadas paritárias, onde os sujeitos estão em igualdade de posição jurídica, a autonomia privada encontra limitação em outros direitos fundamentais. Daniel Sarmento defende que "existe sempre vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entres as partes nas relações jurídicas"[90].

Na mesma linha, André Rufino do Vale[91] sustenta que:

---

[86] Para aprofundamento, cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. S. Paulo: DJR, 2006; MENDES, Gilmar et al. *Curso de Direito Constitucional*, *op. citato*, pp. 313-357; CANOTILHO, *op. citato*, pp. 1212-1213.
[87] VALE, *op. citato*, p. 178.
[88] SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. citato*, p. 155.
[89] ABRANTES, José João Nunes de. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 97.
[90] SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. citato*, p. 245.
[91] VALE, *op. citato*, p. 138.

> nas mais diversas realidades sociais, sob qualquer ordenamento jurídico, observa-se a impossibilidade de se conter o potencial dos direitos fundamentais para irradiar efeitos nas relações privadas. A simples análise de sua evolução histórica é suficiente para que se reconheça a importância desses direitos para a seara privada, onde as ameaças às liberdades e garantias fundamentais não são menos relevantes do que as provenientes dos poderes públicos.

4.3 Poder privado e os direitos fundamentais

Jürgen Habermas[92] destaca que:

> o mercado e a sociedade econômica não constituem uma esfera isenta de poder, como *se supõe* no modelo jurídico liberal, o princípio da liberdade jurídica, dadas as condições sociais modificadas no modelo do Estado social, só pode ser implantado através da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direito.

Ingo Sarlet justifica o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no fato de que não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade, de modo que a liberdade individual precisa de proteção "contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas"[93].

No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade[94] também assinala:

> a necessidade de protecção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.

Juan María Bilbao Ubillos assevera[95] que "la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, relativizada o modulada por el juego de la

---

[92] HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 137.
[93] SARLET, *op. citato*, p. 365.
[94] ANDRADE, *op. citato*, p. 274.
[95] ID., p. 368.

autonomía privada (o asociativa), será […] más intensa cuando estemos en presencia de relaciones asimétricas, no igualitarias”[96].

Eduardo Cambi[97], citando diversos doutrinadores e decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional da Alemanha, da Corte Européia de Justiça e da Suprema Corte Americana, considera que os direitos fundamentais possuem uma dimensão horizontal e completa:

> Nas relações privadas, a diferença entre *poderes sociais* pode representar grande ameaça ao exercício de direitos fundamentais. [...] Mesmo nas relações paritárias, entre cidadãos comuns, há de se respeitar os direitos fundamentais. A diferença está na *ponderação* entre a autonomia privada e dos direitos fundamentais dos entes envolvidos. Quanto maior for a desigualdade fática entre eles mais intensa deve ser a proteção dos direitos fundamentais e menor a tutela da autonomia privada; ao contrário, nas relações paritárias, a autonomia da vontade vai receber proteção mais intensa e o direito fundamental, que colidir com ela poderá ser mais profundamente restringido.

João Caupers[98] assinala que:

> entre os autores que rejeitam a eficácia imediata dos direitos fundamentais relativamente às entidades privadas é muito comum abrir-se uma exceção para as relações jurídico-privadas em que as partes se encontram numa situação de real desigualdade. Seria o caso das relações poder-sujeição, sendo habitual apontar-se o exemplo da relação individual de trabalho.

Nesse sentido, é apropriada a lição de Juan María Ubillos[99]:

> Es lógico [...] que la capacidad de penetración de estos derechos [dos derechos fundamentales] en la esfera privada tienda a ser mayor […] cuando en la relación entre particulares una de las partes ostenta una posición de clara supremacía

---

[96] Tradução livre: a eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, relativizada ou modulada pelo confronto com a autonomia privada (ou associativa), será […] mais intensa quando estamos na presencia de relações assimétricas, não igualitárias.
[97] CAMBI, *op. citato*, pp. 32-35.
[98] CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985, p. 171.
[99] UBILLOS, *op. citato*, p. 368.

> frente a la otra (es el caso, paradigmático, de la posición que ocupa el empresario frente al trabajador)[100].

No âmbito das relações de poder, em que há especial incidência direta dos direitos fundamentais, é possível destacar contratos de adesão bancária, as relações de consumo, de trabalho, entre outros.

No campo das relações de emprego, por exemplo, defendem a eficácia direta dos direitos fundamentais no contrato de trabalho Otavio Calvet[101], Jorge Mancini[102], Arion Romita[103], João Caupers[104], Juan María Ubillos[105], Ana Paola S. Machado Diniz[106], Teresa Alexandra Coelho Moreira[107], Carla Porto[108] e Ileana Mousinho[109], entre outros.

Como se vê, mesmo para os doutrinadores que defendem a eficácia mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, costuma-se entender que, havendo relação de poder, como na relação empregatícia, há aplicação direta desses direitos.

4.4 Direitos fundamentais da personalidade

Juan María Bilbao Ubillos[110] destaca que os direitos fundamentais referentes à personalidade são "derechos absolutos, oponibles *erga omnes*, que tiene su correlato en una obligación general de respeto, extensible a

---

[100] Tradução livre: É lógico [...] que a capacidade de penetração destes direitos [dos direitos fundamentais] na esfera privada tende a ser maior […] quando na relação entre particulares uma das partes ostenta uma posição de clara supremacia frente à outra (é o caso, paradigmático, da posição que ocupa o empresário frente ao trabalhador).
[101] CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 52.
[102] MANCINI, *op. citato*, p. 103.
[103] ROMITA, *op. citato*, pp. 202.
[104] CAUPERS, *op. citato*, p. 171.
[105] UBILLOS, *op. citato*, p. 368.
[106] DINIZ, Ana Paola S. Machado. Direitos personalíssimos do trabalhador e liberdade de empresa: ponderação nos meios de controle empresarial. In: *Revista Amatra V: vistos etc.*, Salvador: Amatra V, 2007, v. I, nº 6, pp. 79-80.
[107] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 60.
[108] PORTO, Carla Teresa Baltazar da S. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e *o jus variandi* patronal. In: *Revista Amatra V: vistos etc.*, Salvador: Amatra V, 2009, v. I, nº 9, p. 37.
[109] MOUSINHO, Ileana Neiva. Sáude do trabalhador: direito fundamental e sua eficácia horizontal em face das empresas. Conseqüências práticas. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: LTr, ano XX, nº 40, setembro/2010, p. 36.
[110] UBILLOS, *op. citato*, p. 730.

cualquier sujeto cuja actividad pueda interferir el disfrute del derecho por su titular"[111].

Os direitos da personalidade, por força constitucional, irradiam-se e penetram "por todos os campos do Direito, público ou privado, conformando suas instituições e funcionalizando-as em prol da garantia da dignidade humana"[112]. No âmbito das relações privadas incide, ainda, os arts. 11 a 21 do Código Civil.

4.5 Direitos fundamentais essencialmente públicos

Para Juan María Bilbao Ubillos[113] nem todos os direitos fundamentais terão aplicação direta às relações privadas, pois alguns, por sua própria natureza são oponíveis apenas contra o Estado (como objeção de consciência para o serviço militar, legalidade penal, etc.)

Leonardo de Castro[114] assinala que:

> O modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas não prega que inexistam especificidades na aludida incidência. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e ficará na dependência da analise das características de cada norma de direito fundamental.
> Portanto, o modelo de aplicabilidade direta sustenta que se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, então essa aplicação será direta. Mas não se aparta a possibilidade de direitos fundamentais, que pela sua própria configuração jurídica, sejam apenas aplicáveis nas relações Estado-cidadão.

5 Direito comparado

André Rufino do Vale assinala que "a idéia de eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado penetrou no pensamento jurídico de vários países como Espanha, Portugal, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria, Suiça [...],

---

[111] Tradução livre: direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, que têm amparo em uma obrigação geral de respeito, extensível a qualquer sujeito cuja atividade pode interferir o exercício do direito por seu titular.
[112] SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. citato*, p. 102.
[113] UBILLOS, *op. citato*, pp. 358-368.
[114] CASTRO, *op. citato*, p. 12.

Japão e África do Sul”[115]. Citando Alexey Estrada, afirma que os ordenamentos do Peru, Colômbia e Costa Rica consagram expressamente a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais[116].

A Constituição da República Portuguesa de 1976, que em seu art. 18, 1, expressamente assinala que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”[117]. Em que pese o comando claro, a doutrina lusa tem assimilado que há espaço também para a aplicação da eficácia horizontal mediata[118].

Pérez Luño[119], examinando o art. 9, 1, da Constituição Espanhola assinala “la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos”[120]. Juan Ubillos[121] cita, porém, decisões do Tribunal Constitucional da Espanha que reconheceram a necessidade de mediação legislativa para assegurar direitos fundamentais perante terceiros.

A Constituição da Argentina não contém expressa previsão de aplicação direta dos direitos fundamentais perante terceiros. Para Jorge Mancini[122], os direitos assegurados na Constituição da Argentina também se aplicam às relações entre particulares.

Da mesma forma, nos Estados Unidos não há previsão de eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Constituição americana, nem em suas Emendas. Stephen Gardbaum assinala que, salvo quanto a 13ª Emenda, as

---

[115] VALE, *op. citato*, p. 117.
[116] ESTRADA, Alexey *apud* VALE, *ibidem*.
[117] PORTUGAL. Assembléia da República. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, Acesso em 8 dez. 2011.
[118] Cf. CANOTILHO, *op. citato*, pp. 597-600; ANDRADE, *op. citato*, pp. 282-283.
[119] PÉREZ LUÑO, *op. citato*, p. 63.
[120] Tradução livre: a extensão do caráter vinculante dos direitos fundamentais não só aos poderes públicos, mas também a todos os cidadãos.
[121] Cf. UBILLOS, *op. citato*, pp. 294-296.
[122] MANCINI, *op. citato*, p. 103.

disposições da Constituição norte-americana "vinculam apenas o governo, e não os atores privados" [123].

A cultura constitucional norte-americana, "baseada no axioma da liberdade individual, da proteção inviolável das esferas de poder e de livre arbítrio (free will) dos cidadãos", é um óbice grande na restrição das atividades privadas por normas constitucionais[124]. Todavia, Gilmar Mendes[125] assinala, porém, que, "sob o rótulo de *state action*, tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas".

6 Previsão constitucional e jurisdição brasileira

A Constituição Federal de 1988 não possui regra própria acerca sobre a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Contudo, Pedro Lenza ressalta que há, no Brasil, uma tendência crescente de aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais especialmente em "atividade privadas que tenham um certo 'caráter público', por exemplo [...], relações de trabalho [...]"[126].

O art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira assinala que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Diante desse dispositivo constitucional, "os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais"[127].

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 161.243/DF, considerou inconstitucional a discriminação feita pelo empregador, em face de atributo ou qualidade do individuo (empregado), de ser brasileiro em relação ao estrangeiro. Entendeu que são aplicáveis os direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego.

---

[123] GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A. e MOREIRA, Luiz (orgs). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: ANPR/Lumen Juris, 2010, p. 170.
[124] VALE, *op. citato*, p. 119.
[125] MENDES, op. citato, p. 121.
[126] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição, S. Paulo: Saraiva, 2008, p. 595.
[127] SARLET, *op. citato*, p. 383.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do RE 201.819/RJ, concluiu pela eficácia direta dos direitos fundamentais em entidade civil que expulsou um de seus associados dos seus quadros, conforme fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCR ATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins

> lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Conclusão

Os direitos fundamentais foram conquistas históricas da humanidade em face do Estado. Todavia, em face de seus efeitos irradiantes e da força normativa da Constituição são diretrizes supremas que projetam sua incidência nas diversas áreas do Direito, em especial às relações privadas.

As funções de defesa e de prestação, inerentes aos direitos fundamentais, acabam por expandir a seara dos direitos fundamentais. A proteção do cidadão face às agressões aos seus direitos mais elementares repercute também em face dos particulares.

Em face das características de concorrência e de limitação dos direitos fundamentais, a autonomia privada, fruto da liberdade, encontra outros direitos fundamentais, que devem ser harmonizados ou com ela ponderados. Nesse contexto, os direitos fundamentais de personalidade têm especial incidência em todos os campos do Direito, inclusive no Direito Civil.

A Jurisdição Constitucional, fundada na supremacia da Constituição, tem reconhecido a incidência horizontal dos direitos fundamentais e, por meio de uma nova hermenêutica, concretiza diversos direitos constitucionais nas relações privadas. As diversas teorias alemãs referentes à eficácia dos direitos

fundamentais perante terceiros reconhecem, em graus variados, sua incidência nas relações privadas.

Diversos países aplicam a teoria da eficácia direta. O Brasil tem seguido essa tendência, tanto na doutrina, quanto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Nas relações privadas assimétricas, em que uma das partes detém um poder em relação à outra, a doutrina reconhece de forma uníssona a eficácia direta dos direitos fundamentais. O exemplo típico é a relação empregatícia. Nesse caso, a própria origem e formação dos direitos fundamentais, como luta em face do poder estatal, justifica a plena incidência desses direitos.

Segundo Streck[128]:

> o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais.* Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais - no sentido que lhe é dado pela tradição - sem democracia.

Por isso, a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito passa pela eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais também nas relações privadas, especialmente naquelas em que há um poder de fato ou de direito.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João Nunes de. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (org). *Constituição,*

[128] STRECK, *op. citato*, p. 104.

direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARACHO, José Alfredo de O. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Rere: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Salvador, nº 9, março-maio/2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 7 dez. 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 12/11/1996, Disponível em: <http:\\www.stf.jus.br>, Acesso em 11 dez. 2011.

------. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006, Disponível em: <http:\\www.stf.jus.br>, Acesso em 11 dez. 2011.

CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: MENDES, Gilmar; et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Leonardo Bellini de. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_eficacia_horizontal.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

DINIZ, Ana Paola S. Machado. Direitos personalíssimos do trabalhador e liberdade de empresa: ponderação nos meios de controle empresarial. In: *Revista Amatra V: vistos etc.*, Salvador: Amatra V, 2007, v. I, nº 6.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury vs. Madison. *U. S. (1 Cranch)*, v. 5, p. 177, 1803, Disponível em <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>, Acesso em 5 dez. 2011.

------. The Constitution of the United States. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html >, Acesso em 5 dez. 2011.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão econômica do meio ambiente: a riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 45, nº 180, outubro-dezembro/2008.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A. e MOREIRA, Luiz (orgs). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: ANPR/Lumen Juris, 2010.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

------. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual; legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição, S. Paulo: Saraiva, 2008.

MANCINI, Jorge Rodríguez. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea Editorial, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

------; et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. S. Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra, 2004.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MOUSINHO, Ileana Neiva. Sáude do trabalhador: direito fundamental e sua eficácia horizontal em face das empresas. Conseqüências práticas. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: LTr, ano XX, nº 40, setembro/2010.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª Edición. Madrid: Tecnos, 2011.

PORTO, Carla Teresa Baltazar da S. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e *o jus variandi* patronal. In: *Revista Amatra V: vistos etc.*, Salvador: Amatra V, 2009, v. I, nº 9.

PORTUGAL. Assembléia da República. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, Acesso em 8 dez. 2011.

ROJAS, Ricardo Manuel. *Los derechos fundamentales y el orden jurídico y institucional de Cuba*. Buenos Aires: Fundación Cadal: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, 3ª Triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalidade do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

CAPÍTULO 2

A "OBJETIVAÇÃO" DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Marcus Flávio Horta Caldeira[129]
DOI 10.11117/9788565604079.02

Introdução:

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que surgiu com o modelo difuso ou incidental, de inspiração norte-americana, e, sob a égide da Constituição de 1934, se tornou misto (com aspectos dos modelos difuso e concentrado), continua seguindo neste rumo dos procedimentos de índole objetiva. Tanto é assim que a partir da Constituição Federal de 1988, passamos a viver, ainda sob a égide de um sistema misto, porém com prevalência do modelo concentrado[130].

Essa caminhada para a "objetivação" do nosso sistema de controle de constitucionalidade tem influenciado até mesmo categorias processuais que sempre foram características do sistema difuso. Exemplos dessa realidade são as recentes alterações introduzidas no recurso extraordinário, com a exigência de repercussão geral, possibilidade de manifestação de *amici curiae* e, principalmente, efeitos que extrapolam os limites *inter partes* da lide.

Através de um panorama evolutivo do recurso extraordinário, desde suas origens até os dias de hoje, busca-se demonstrar a evolução do instituto, situá-lo dentro da perspectiva de processo "objetivo", ou não, bem como perquirir sobre sua inclinação evolutiva, à luz do papel do Supremo Tribunal Federal em nossa jurisdição constitucional e do direito comparado.

---

129 Mestrando do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

130 "A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processos de controle abstrado de nomas." *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1127-1128.

2 Recurso extraordinário – origem e evolução[131]:

O recurso extraordinário, concebido nos moldes do modelo norte-americano do *judiciary act*, surgiu no ordenamento jurídico pátrio, ainda sob a égide da Constituição Imperial de 1824, através do decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (SOUZA: 2008, p. 730).

A constituição republicana de 1891 não previu, expressamente, o recurso extraordinário, cujas disposições encontravam-se no regimento interno do supremo tribunal federal. Foi com o advento da Carta de 1934 que o Constituinte previu, expressamente, em seu art. 76[132], o cabimento do recurso extraordinário, que passou a ter estatura constitucional.

O recurso que, consoante a literalidade da previsão constitucional de 1934, não se prestava à corrigir negativa de vigência à dispositivos da Constituição, eis que, a alínea "a", do inciso III, do art. 76, somente previa seu cabimento "quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado", através da jurisprudência do supremo tribunal federal, já se prestava à proteção individual tanto da matéria de lei federal como dos dispositivos da Constituição.

Esta bivalência, explicitada, pela primeira vez, na Constituição de 1946, que em seu art. 101, III, dispunha ser cabível o recurso extraordinário, além das hipóteses elencadas nas alíneas "b", "c" e "d", "quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal", se manteve, até a Constituição de 1988.

---

[131] MENDES, Gilmar et all.: 2008, p. 1033 – 1101; MOREIRA, José Carlos Barbosa: 1998, p. 562 – 565; VELLOSO, Zeno: 2003, p. 29 – 60; etc.

[132] Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) 2) julgar: (...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

Antes de 1988 o supremo tribunal federal já enfrentava uma proliferação de recursos extraordinários, cujos julgamentos ocupavam quase que a totalidade da pauta da suprema corte, decidindo, caso a caso, matérias repetitivas e muitas vezes, não condizentes com a estatura do pretório excelso.

Este modelo, gerador da "crise numérica", caracterizado pela discussão da legalidade e constitucionalidade dos casos, que fazia com que o supremo tivesse que julgar um a um, uma infinidade de recursos, levaram o STF a editar uma série de enunciados sumulares restritivos do cabimento do recurso extraordinário[133], configurando verdadeira jurisprudência defensiva, com o objetivo de diminuir o número de apelos submetidos ao crivo da Corte.

Assim, nesta linha defensiva e restritiva, que, com alterações pontuais, persiste até os dias atuais, o RE não se presta, por exemplo, à análise de direito local (Súmula nº 280) ou de matéria tratada em regimento de tribunal (Súmula nº 399) ou contra acórdão que "deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor" (Súmula nº 400), ao exame de matéria fático - probatória (Súmulas nº 279 e 456), à análise de cláusula contratual (Súmula nº 454), ao exame de ofensa reflexa ou indireta à Constituição (Súmulas nº 636 e 638), ou ainda de temas não tratados pelas instâncias ordinárias (Súmulas nº 282 e 356), devendo ter havido o esgotamento da instância (Súmulas nº 281 e 355), e serem os temas recursais muito bem fundamentados (Súmula nº 284), devendo o dissídio jurisprudencial, em caso de RE por este fundamento – o que não é mais cabível –, ser atual (Súmula nº 286), não ser entre decisões da Justiça do Trabalho (Súmula nº 432) e ter sido demonstrado nos precisos termos regimentais, através de cotejo analítico e menção de repositório oficial ou autorizado da jurisprudência (Súmula nº 291).

Justificam-se, inicialmente, tais orientações sumulares em virtude da própria natureza dos recursos excepcionais que, no caso brasileiro, "têm por finalidade principal assegurar que a lei federal e a Constituição (...) sejam

---

[133] ROSAS: 2002, p. 7 – 310.

corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país" e "propiciar a correta aplicação do direito objetivo" (MARINONI; ARENHART: 2008, p. 569 e 570), tendo por funções fundamentais a *nomofilática*[134] e a *uniformizadora*[135] (DANTAS: 2008, p. 58-65). Contudo, o excesso de rigorismo formal, impulsionado pelo imenso número de processos, têm, muitas vezes, transformado tais requisitos em meros filtros restritivos.

Neste prisma, os enunciados sumulares, serviram e ainda servem como barreiras obstaculizadoras da análise por parte do pretório excelso de inúmeros temas, devendo o recorrente, às mais das vezes, preocupar-se mais em evitar a incidência de enunciado jurisprudencial obstativo que, até mesmo, com a matéria constitucional de fundo a ser submetida à Corte.

Ocorre que, os vários enunciados sumulares obstativos não se prestaram a resolver o problema numérico do supremo tribunal federal, eis que, quando o recurso extraordinário era inadmitido na origem, já se cabia o agravo de instrumento, visando o destrancamento do recurso, que, subia até o tribunal supremo e era submetido à análise, ainda que apenas para ter seu seguimento negado, como acontecia e ainda acontece, na maior parte dos casos.

a arguição de relevância:

Ainda na busca por uma solução para a chamada "*crise do STF*", foi criado o instituto da "arguição de relevância da questão federal", segundo o qual apenas matérias julgadas importantes pelos E. Ministros do STF poderiam ser apreciadas no recurso extraordinário. Esta análise era feita em sessão secreta e a decisão era irrecorrível.

---

[134] Por função nomofilática, tem-se que "(...) a aplicação correta da lei na solução de uma lide assumiria dois vetores: o primeiro vinculado ao interesse público e o segundo associado ao interesse das partes processuais. Para as partes, portanto, a correta aplicação da lei consistiria em interesse secundário, pois a qualidade de primário era atribuída ao acolhimento da pretensão deduzida." *In*: DANTAS: 2009, p. 59.

[135] "Essa função orienta-se à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência." *In*: DANTAS: 2009, p. 61.

O instituto, porém, foi mal visto pela falta de transparência das decisões então proferidas quanto à relevância ou não dos temas dos recurso, o que fez com que o requisito fosse associado ao regime ditatorial então vivido.

a constituição de 1988:

Com o processo de redemocratização e a Constituição de 1988, aboliu-se a figura da arguição de relevância, que além de não ter resolvido a "crise", tornara-se incompatível com o Texto Constitucional vigente[136], consoante revela o artigo 93, inciso IX.

Buscou-se, como novo modelo de solução para a já mencionada "crise numérica", a cisão do antigo recurso extraordinário, ficando apenas a matéria constitucional a cargo do supremo tribunal federal, enquanto a contrariedade à lei federal e o resguardo de sua uniformidade jurisprudencial passaram a ser objeto de novo recurso, chamado de especial, e julgado pelo, também novel, superior tribunal de justiça.

O recurso extraordinário, no modelo original da Carta de 1988, seguiu sendo um apelo que, apesar de ser excepcional, era característico do modelo difuso de controle de constitucionalidade, destinado à proteção dos dispositivos constitucionais, nos casos concretos.

Assim, decidiam as turmas e o plenário do supremo tribunal federal uma infinidade de recursos extraordinários e agravos de instrumento (art. 544, do CPC) interpostos contra decisões que inadmitiam os REs na origem, que, nos últimos anos, fizeram o volume de trabalho do STF alcançar níveis extremos, apesar das inúmeras e sérias restrições sumulares. O modelo ainda se caracterizava pelos efeitos das decisões apenas *inter partes* e pela ausência de um sistema de racionalização dos trabalhos.

---

[136] "Julgamento público e motivado" *in* TUCCI, José Rogério Cruz e. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 463-464. Também: SOUZA: 2007, p. 749.

Ao mesmo tempo em que, nos recursos extraordinários, característicos do modelo difuso, analisava a Corte Suprema, caso a caso, os incontáveis pleitos individuais, que, em sua grande maioria, não ultrapassavam a barreira do conhecimento, o STF, a partir da Constituição de 1988, experimentou enormes avanços do exame de constitucionalidade em abstrato, no sistema concentrado, em processos "objetivos", tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No modelo concentrado de controle, cujos pronunciamentos têm eficácia *erga omnes*, através da decisão da Corte, em um único caso, resolvia-se um sem número de situações de jurisdicionados em todo o País.

Esta dicotomia entre os modelos difuso e concentrado, agravada pela "*crise numérica*", impunha transformações no sistema, mais precisamente no que pertine aos recursos extraordinários.

No que se refere aos números de processos, conforme a tabela seguinte, de um total de 14.721 processos em 1989, a Suprema Corte teve um movimento de 160.453 processos em 2002, cuja enorme maioria era representada por recursos extraordinários ou agravos (acima de 90% do total de processos distribuídos)[137], o que demonstra que este aumento de processos, em mais dez vezes do volume processual, em pouco mais de uma década, acaso nada fosse feito, poderia, até mesmo, inviabilizar as atividades do Supremo Tribunal Federal.

---

137 GILMAR, 2011, p. 1147.

Supremo Tribunal Federal
Movimento Processual nos anos de 1950 a 2004

Ano	No. De Processos	Ano	No. de Processos
1950	3.091	1977	7.072
1951	3.305	1978	8.146
1952	3.956	1979	8.277
1953	4.903	1980	9.555
1954	4.710	1981	12.494
1955	5.015	1982	13.648
1956	6.556	1983	14.668
1957	6.597	1984	16.386
1958	7.114	1985	18.206
1959	6.470	1986	22.514
1960	6.504	1987	20.430
1961	6.751	1988	21.328
1962	7.705	1989	14.721
1963	8.126	1990	18.564
1964	8.960	1991	18.438
1965	8.456	1992	27.447
1966	7.378	1993	24.377
1967	7.614	1994	24.295
1968	8.612	1995	27.743
1969	8.023	1996	28.134
1970	6.367	1997	36.490
1971	5.921	1998	52.636
1972	6.253	1999	68.369
1973	7.093	2000	105.307
1974	7.352	2001	110.771
1975	8.775	2002	160.453
1976	6.877	2003	87.186*
		2004	65.710 **

Fonte: Relatórios Anuais e Secretaria de Informática do Supremo Tribunal Federal * O decréscimo verificado em 2003 decorre, certamente, das medidas tomadas no âmbito da Administração Federal e do encerramento das questões ligadas ao ciclo inflacionário.** Processos recebidos até 24.10.2004.

a emenda constitucional nº 45 e o advento da repercussão geral:

A grande mudança se iniciou com o advento da emenda constitucional nº 45, de 2004, que, dentre outras alterações, introduziu o requisito da "repercussão geral" da questão constitucional nos recursos extraordinários, nos termos do atual § 3º, do art. 102, da Constituição, com a seguinte redação:

> § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Inevitáveis foram as críticas iniciais acerca da semelhança do instituto

com a arguição de relevância[138]. Dizia-se, ainda, que a repercussão geral iria congestionar ainda mais o trâmite processual perante o STF[139].

A norma constitucional foi disciplinada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006 que, ao incluir no CPC o art. 543-A, procurou conceituar, em seu § 1º o que seria o instituto, afirmando que "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". E, além dessas hipóteses subjetivas trouxe uma situação mais objetiva, esclarecendo que sempre haverá "repercussão geral" quando o recurso impugnar "decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante" do supremo tribunal federal (art. 543-A, § 3º, do CPC).

As críticas iniciais parecem não ter se confirmado, havendo nítida distinção entre a repercussão e a arguição de relevância. Também, felizmente, com a regulamentação legal e regimental (Emenda Regimental nº 21, de 2007, e seguintes, que alteraram o RISTF), os prognósticos pessimistas iniciais não ocorreram, eis que a verificação da repercussão geral passou a ter um trâmite eletrônico interno (art. 324, caput, do RISTF) e o sistema do "sobrestamento" dos processos sobre o mesmo tema (análise da repercussão *por amostragem*[140]), tem significado uma importante redução numérica dos recursos extraordinários[141].

O Supremo Tribunal já teve, efetivamente, uma diminuição drástica do número de processos distribuídos, passando de 116.216 em 2006 para o total de 58.629 em 2008[142]. No que se refere especificamente aos recursos

---

[138] THEODORO JR., Humberto. Algumas reflexões da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: Síntese, mai – jun 2005, v. 35, p. 19; BERALDO, Leonardo de Faria. Recurso Extraordinário e a EC nº 45/2004.*In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: Síntese, mai – jun 2005, v. 35, p. 139 – 153.

[139] ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso Extraordinário: Requisitos constitucionais de admissibilidade. Meios de Impugnação ao Julgado Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 259 – 302.

[140] NEVES: 2010, p. 699.

[141] THEODORO JR., Humberto. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *In*: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: IOB, jul – ago 2007, v. 48, p. 117 – 120. No mesmo sentido: CÂMARA: 2009, p. 122.

[142] VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

extraordinarios e agravos de instrumentos, o Relatório do STF de março de 2010[143] apontou uma significativa redução, passando-se de um total de 59.314 R.E.s e A.I.s, em 2008, para 7.149, em 2010.

2008		**2009**		**2010**	
AI	RE	AI	RE	AI	RE
37.783	21.531	24.301	8.348	5.553	1.596
Total: **59.314**		Total: **32.649**		Total: **7.149**	

3 A "objetivação" do Recurso Extraordinário:

Porém, a simples redução numérica não parece ser a única nem a principal consequência da adoção da repercussão geral e desenvolvimento mais recente do recurso extraordinário.

O ponto principal da questão parece ser a aproximação do recurso extraordinário de instrumento do modelo difuso de controle de constitucionalidade para elemento do modelo concentrado: a chamada, "objetivação" do recurso extraordinário.

A doutrina e a jurisprudência têm dado claros sinais da "objetivação" do recurso extraordinário, mesmo antes do advento da repercussão geral, conforme poderá ser percebido pelos exemplos trazidos adiante. Porém, foi com a inclusão do aludido requisito que este processo se tornou mais evidente.[144]. Exemplo dessa realidade é a possibilidade de "conhecer-se de recurso extraodinário por fundamento diverso do invocado, desde que enquadrável também na moldura constitucional"[145], o que vai na linha de uma

---

[143] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório Repercussão Geral – março de 2010*. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>. Acesso em: 10 ago. 2010.

[144] Neste sentido: MENDES: 2008, p. 959-960: "A Lei n. 11.418, de 19-12-2006 definiu a disciplina processual do novo instituto. (...) A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário." Também, o Min. Gilmar Ferreira Mendes registrou, no voto proferido no RE 556.664/RS, que: "Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa do interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva."

[145] MOREIRA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164.

causa petendi aberta.

Entende-se por "objetivação" do recurso extraordinário a aproximação deste instrumento, típico do modelo difuso de controle de constitucionalidade, caracterizado pela defesa do direito individual dos litigantes e efeitos *inter partes*, aos processos tidos como "objetivos", característicos das ações de (in)constitucionalidade do sistema concentrado. É, nas palavras de gilmar mendes, a atribuição ao recurso extraordinário "de características de instrumento que deixa de ter aspecto marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva."[146]

Também o reconhecimento de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* no recurso extraordinário, trazido pela lei nº 11.418[147], representa outro marco desta "objetivação".

Gilmar Mendes (2011, p. 1177) trouxe vários exemplos dessa tendência:

> Uma observação trivial revela a tendência de dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*. A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário com feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivadas no direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

---

146 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1148.

147 SOUZA: 2008, p. 756.

Podem, portanto, ser caracterizados como sinais da "objetivação" do recurso extraordinário, além (1) da participação de *amicus curiae*, (2) dos efeitos *extra partes* ou *erga omnes*, decorrentes da sistemática da repercussão geral, (3) da superação da fórmula do senado (art. 52, X, da CF), e (4) da possível *causa petendi* aberta – lembrados anteriormente por Gilmar Mendes – , (5) a superação de óbices sumulares para o conhecimento recursal – particularmente quanto ao prequestionamento –, (6) a comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada, (7) audiências públicas e (8) modulação dos efeitos decisórios no âmbito dos apelos extremos.

Estes pontos não são, na atualidade, meras noções acadêmicas. Ao contrário, caracterizam diversos posicionamentos proclamados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser visto em diversos julgados monocráticos e acórdãos das Turmas e do Plenário de nossa Corte Constitucional.

Nos autos do Agravo de Instrumento nº 375.011/DF[148], por exemplo, a Ministra Relatora, Ellen Gracie, preocupada "com requisitos processuais que

---

[148] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 375.011 – DF. Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004, pp. 00043 EMENT VOL-02170-02, pp. 00362. Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie destacou: "Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.
Recordo a discussão que se travou na medida cautelar no RE 376.852, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional.
Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo.
Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com fim de impedir a adoção de soluções diferente em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a ultima palavra – em questão de direito – proferida por esta Casa.
Lembro que estamos a tratar de uma lide envolvendo inúmeros servidores do município de Porto alegre e causa espécie a possibilidade de alguns deles saírem vitoriosos, a respeito da inconstitucionalidade das leis municipais nas quais basearam sua pretensão. Isso porque estaríamos diante de uma situação anti-isonômica, em que entre dois funcionários que trabalham lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles restar vencedor na sua demanda, em virtude de falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE da municipalidade, enquanto que ao outro, em cujo processo estava atendido tal requisito de admissibilidade do apelo extremo, aplicou-se a orientação do Supremo Tribunal Federal e rejeitou-se a sua pretensão. Esta Corte não pode admitir tal disparidade de tratamento de situações idênticas." (grifos nossos)

acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas", conheceu do recurso extraordinário, apesar da reconhecida ausência de prequestionamento.

Também, nos autos do RE 418.918 (RE 418.918, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 10-7-2005), o Supremo Tribunal Federal houve por bem superar vício procedimental de ausência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias e, em excepcional decisão, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, tendo em vista a ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF).

A ampliação dos partícipes processuais, caracterizada pela admissão de *amicus curiae* (ex vi: RE 416.827/DF. Min Rel. Gilmar Mendes[149]) e das audiências públicas (ex vi: RE 597.285/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski[150]) em sede de recursos extraordinários também demonstram a referida tendência.

A adoção da *causa petendi* aberta no controle difuso mostra-se como forte sinal de ampliação do escopo do recurso extraordinário, aproximando-o das ações de controle "abstrato" de constitucionalidade. Essa técnica foi utilizada, por exemplo, nos autos do recurso extraordinário nº 298.694, em que o STF entendeu ser possível o conhecimento do Apelo Extremo, "ainda que sob prisma diverso daquele em que hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário"[151] Na referido processo, o Ministro Carlos Ayres Britto destacou que "não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria".

---

[149] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 416.827/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto: "Em síntese, creio que o instrumento da admissão de *amici curiae* confere ao processo de fiscalização da constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que, justamente por se tratar de matéria ínsita ao modelo dos juizados especiais, a jurisdição constitucional exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário" (grifos nossos).

[150] Em 3 dias o STF ouviu 38 especialistas que debateram sobre a utilização do critério de cotas raciais para a reserva de vagas nas universidades públicas.

[151] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 298.694/DF. Min Rel. Sepúlveda Pertence.

A adoção da *causa petendi* aberta foi também acolhida nos autos do RE nº 388.830 (14/02/2006) pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, que, em seu voto, assim se posicionou:

> Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (grifos nossos)

Para Barbosa Moreira, "o reconhecimento de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* no recurso extraordinário, trazido pela lei nº 11.418, representa outro marco desta "objetivação".[152] Esse efeito, nos recursos extraordinários, atualmente, decorre da própria sistemática da repercussão geral, em que a proclamação da existência ou não[153] por si só já gera inegáveis consequências para todos os jurisdicionados que estão em idêntica situação. O julgamento do mérito dos paradigmas em que proclamada a repercussão geral fará com que "os recursos sobrestados" sejam "apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se" (art. 543-B, § 3º, do CPC), podendo o STF, "cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada" (art. 543-B, § 4º, do CPC). Nessa perspectiva, é inegável a eficácia *erga omnes* do recurso extraordinário pós repercussão geral.

Outro ponto relevante nesta análise é a regra da modulação dos efeitos, prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADIn), que possibilita ao STF "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em

---

[152] MOREIRA. José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164.

[153] Art. 543-A. (...) § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 543-B. (...) § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, (...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

A adoção da modulação dos efeitos para os recursos extraordinários, além de alterar a regra geral dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, segundo a qual o pronunciamento deve ter eficácia *ex tunc* (retroativa)[154], é outro exemplo de ampliação do perfil "objetivo" dos extraordinários. O STF já vem adotando a técnica, mesmo em casos de controle difuso de constitucionalidade. Nos autos do Agravo de Instrumento nº 582.280[155], da Relatoria do Min. Celso de Mello, Sua Excelência assentou que "a limitação dos efeitos é um apanágio do controle de constitucionalidade, e razão jurídica não há para que tal instrumento, (...) não seja utilizado também em sede de controle incidental."

Também o Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento do RE nº 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio (Informativo *STF* n. 463, 16 a 20-4-2207), acolhendo a técnica da modulação dos efeitos em sede de recurso extraordinário, afirmou que "os fundamentos, que autorizam a modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva, se aplicam, *mutatis mutandis,* aos processos de índole subjetiva", tendo em vista que, "embora se esteja tratando, no caso, de processos subjetivos, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes."*

Outro bom exemplo da tendência de "objetivação" do recurso extraordinário, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada. Esse fenômeno pode ser observado, por exemplo, no julgamento da ADI nº 4071, em que a Corte, por maioria, "considerou que a declaração de constitucionalidade, em sede de

---

[154] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.
[155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 582.280/RJ. Min Rel. Celso de Mello.

recurso extraordinário" (RE 377.457/PR - DJE de 19.12.2008; e RE 381.964/MG - DJE de 26.9.2008), "faz manifestamente improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto."[156]

Nesse último processo, contudo, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que:

> (...) precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem precedentes.

4 O choque paradigmático entre o modelo difuso clássico e o novo modelo de "objetivação" do recurso extraordinário:

O pronunciamento anteriormente transcrito, que caracterizou o dissenso dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, no caso, denota uma visão que refuta a possibilidade da chamada *causa petendi* aberta para os recursos extraordinários, além de negar a comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada de controle de constitucionalidade – que são pontos aceitos pelos Ministros que acolhem a chamada "objetivação" do sistema de controle incidental.

A divergência demonstra o choque entre os paradigmas do modelo difuso e do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, deixando claro que o perfil do recurso extraordinário, atualmente, passa por um momento de indefinição, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não havendo, até o momento, unanimidade de posicionamento por parte dos Ministros da Corte quanto à "objetivação" do apelo extremo.

Isso porque o novo viés (difuso ou concentrado) do recurso extraordinário, após a exigência da repercussão geral, ainda não parece estar

---

[156] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 543, 20 a 24-4-2009 - ADI 4071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito.

totalmente delimitado. É como se estivéssemos em uma fase de transição paradigmática entre os dois modelos no que tange ao recurso.

Este aparente conflito de modelos de controle no novo recurso extraordinário restou bastante nítido, por exemplo, com o início do julgamento do recurso extraordinário nº 586.453[157], em 03/03/2010, que ainda não se encerrou. Naqueles autos, a Min. Relatora ellen gracie, aparentemente, adotando uma sistemática de "objetivação" do RE, dele conheceu e lhe deu provimento, fixando uma orientação acerca da questão constitucional cuja repercussão geral já havia sido reconhecida, e, propondo, inclusive, a modulação de efeitos, nos termos do art. 27, da Lei 9.868.

O confronto paradigmático entre os sistemas se deu no caso vertente, eis que, por haver semelhança temática, ocorreu um julgamento conjunto entre o referido RE nº 586.453, de repercussão geral, com o RE nº 583.050[158] (cujo julgamento também foi paralisado por pedido de vista), da Relatoria do Min. peluso, que, por ter sido interposto antes da regulamentação da repercussão geral, não tem a necessidade de sua aferição, logo, não passou pela sistemática referida.

No caso com repercussão geral, foi apresentado um voto brilhante, versando sobre o tema constitucional em debate, tratando da questão como um processo objetivo. A referida linha de raciocínio se amolda à sistemática do processo abstrato, em que tem sido comum a modulação dos efeitos e têm sido abrandados os rigores sumulares para o conhecimento dos recursos extraodinários[159].

---

[157] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2616941>. Acesso em 03 fev. 2011.

[158] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2608448. Acesso em 03 fev. 2011.

[159] Sobre o referido abrandamento, vale destacar o posicionamento da Min. Ellen Gracie nos autos do AI nº 375.011, no qual sua Excelência propôs a relativização da exigência de prequestionamento (*apud* DIDIER, 2009, p.346). Também vale fazer menção ao trabalho do eminente Jurista e Ministro do STF Gilmar Mendes que, desde 1998, já buscava conferir novo alcance ao Recurso Extraordinário, mitigando exigência como a ofensa direta ao texto constitucional. (MENDES, Gilmar. Contrariedade à Constituição e Recurso

Por outro lado, no recurso extraordionário sem a repercussão geral, foi prolatado voto, não menos brilhante, porém, por ter sido construído para um RE sem repercussão e, portanto, atrelado ao sistema tradicional, não se pensou na temática em abstrato, aplicando-se a lógica do sistema difuso tradicional, que, no caso, culminou com pronunciamento no sentido do não conhecimento do apelo, eis que o seu conhecimento importaria em necessário reexame de prova, vedado pelo enunciado de nº 279, da súmula da jurisprudência predominante do Pretório Excelso.

Daí, o confronto dos sistemas a merecer solução.

5 Outros problemas ligados à indefinição do novo modelo de recurso extraordinário:

Para Cruz e Tucci[160], a existência ou não da repercussão geral deverá ser analisada, "somente após a prévia avaliação do relator a respeito da presença dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário." Isto porque, "seria demasiadamente desgastante ao STF se fizesse de forma diversa; haveria o risco de reconhecer a existência da repercussão geral e, posteriormente, não conhecer o recurso no mérito, por ausência de outro requisito de admissibilidade."

Porém, esta questão não parece estar bem definida no âmbito do STF. Tanto é assim, que no RE 586.453, em que já havia sido proclamada a repercussão geral, o Min. Peluso retomou questões relacionadas aos requisitos de admissibilidade do recurso, o que vai contra a própria a lógica da "objetivação".

Outro problema é que, apesar da vedação de recurso contra a decisão do STF acerca da existência ou não de repercussão geral, deverá haver possibilidade de impugnação contra outras decisões de Tribunais *a quo* ou mesmo de Ministros ou da Turma que, eventualmente, mal apliquem a

---

Extraordinário: Aspectos inexplorados. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 393 a 403.)

[160] TUCCI: 2007, p. 435. No mesmo sentido: NEVES: 2010, p. 696.

sistemática da repercussão. Ainda não se definiu bem estes contornos recursais, necessários ao *distinguishig*[161].

Após o julgamento do recurso extraordinário paradigmático, julgado dentro das regras de repercussão geral, o sistema atual prevê que os demais recursos extraordinários que se encontram “represados”, na origem, deverão ser julgados pelos próprios Tribunais *a quo*. Nos termos do § 3º, do art. 543-B, do CPC, “os recursos sobrestados” deverão ser “apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”, podendo o STF, “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (art. 543-B, § 4º, do CPC). Indaga-se: tais órgãos do judiciário possuem competência constitucional para “apreciar” os recurso extraordinários? Ou esta atuação, viola a competência constitucional do STF (art. 102, III, da CF)? Ao procederem a tal exame, estarão os Tribunais e órgão judiciais “julgando os recursos extraordinários” ou apenas “aplicando” o que o STF já decidiu?

Barroso, apesar de analisar o tema do novo recurso extraordinário "com um prognóstico – otimista e já amparado pelos primeiros resultados – acerca das potencialidades da inovação"[162], vê, ainda, alguns problemas, alertando, por exemplo que "é razoável o receio de que a competência para selecionar as causas possa ser mal utilizada, servindo para que o Tribunal evite decidir questões polêmicas ou politicamente delicadas."[163]

Como aponta a doutrina, a simples seleção de casos, por amostragem, já poderá gerar problemas, eis que "infelizmente, não há critérios fixados para (...) escolha dos feitos representativos da polêmica", havendo a necessidade de exame criterioso para que "o tema não fique subdimensionado no Supremo Tribunal Federal e não receba a atenção devida, em razão da má qualidade dos recursos extraordinários encaminhados para avaliação da

---

161 NEVES: 2010, p. 700.
162 BARROSO: 2011, p. 142.
163 BARROSO: 2011, p. 133.

repercussão geral."[164]

Marinoni (2008, *Curso de Processo Civil*. p. 578) ainda aponta os seguintes problemas:

> Também não resolve a lei o problema (quase natural) de que a questão venha a ser apontada, simultaneamente, em vários tribunais locais. Qual deles deve encaminhar os "casos paradigmas" ao Tribunal Superior? Quantos serão os feitos a serem enviados? Deve-se aguardar a formação de um considerável número de feitos versando sobre o mesmo tema?

Os questionamentos anteriores também demonstram o grau de incipiência em que se encontra a sistemática da repercussão geral dentro do novo modelo de recurso extraordinário. A pouca experiência do novo modelo que, ainda não está plenamente definido, seja com relação aos procedimentos, seja com relação ao próprio perfil do recurso extraordinário (característico do modelo difuso ou concentrado), seja com relação ao papel do Supremo Tribunal Federal no “novo” controle difuso de constitucionalidade.

A questão da “objetivação” do recurso extraordinário e suas consequências está, portanto, aberta, eis que boa parte das obras sobre o recurso extraordinário e a repercussão geral, sequer tratam do fenômeno da "objetivação" do recurso[165]. E, alguns trabalhos que versam sobre a "objetivação"[166] dão mais ênfase ao rito procedimental da repercussão geral em si que ao confronto paradigmático entre os modelos difuso e concentrado no novo recurso extraordinário.

6 Crítica acerca das chamadas “pautas gerais”:

Lenio Streck nos traz uma importante crítica ao que chama de “pautas gerais”, dentre as quais poderia ser incluído o tratamento que vem sendo dado ao recurso extraordinário, principalmente, após o advento da

---

[164] MARINONI: *Curso de Processo Civil*. 2008, p. 578.

[165] ASSUMPÇÃO: 2007; BARBOSA: 2008; CÂMARA: 2009; FÉRES: 2006; MACIEL: 2007; MANCUSO: 1991; MARINONI: 2008; MESQUITA: 2007; MOREIRA: 2007; NERY JR.: 2006; TAVARES: 2003; SOUZA: 2008.

[166] DANTAS: 2009; MARINONI: 2008; VIANA: 2010.

repercussão geral.

Em sua obra "Verdade e Consenso", Streck destaca que "os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os "casos" jurídicos" e , se aplicados "de forma descontextualizada", levariam ao "obscurecimento da singularidade do caso". (STRECK, p. 216-217)

Em outra passagem, Streck, mais uma vez, criticando o que chama de "pautas gerais", "conceitos lexicográficos", "verbetes doutrinários e jurisprudenciais", ou "súmulas aptas a "resolver" casos futuros", afirma que tais procedimentos "sacrificam a singularidade do caso concreto". (STRECK, p.175)

A resposta correta, portanto, dependerá, segundo Streck, da "síntese hermenêutica da *applicatio",* devendo estar "justificada (...) no plano de uma argumentação racional" (STRECK, p. 220), até porque, em sua visão, a "interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural", "há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio,* momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica." (STRECK, p.180)

Assim, Streck posiciona-se de forma claramente contrária aos modelos processuais racionalizantes do sistema, por ele denominados de "pautas gerais", entendendo pela impossibilidade de fixação de orientações gerais que tenham eficácia vinculante para a solução das controvérsias.

Defende, portanto, a solução caso a caso, característica do modelo difuso de controle de constitucionalidade, apontando que "é no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível" (STRECK, p.180)

Por outro lado, o mesmo Streck reconhece a existência de uma crise que assola o direito, que seria marcada pelo atual modelo, "preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais", que, portanto, não teria "condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais" (STRECK, p. 149).

De pronto, já se observa uma certa inconsistência na tese de Streck, contra as chamadas "pautas gerais". Isto porque, apesar de reconhecer a existência da crise numérica e paradigmática na jurisdição, refuta as soluções que vêm sendo dadas, chamando-as de "pautas gerais" e entendendo que seriam inservíveis, sem apresentar qualquer proposta alternativa de solução.

E, de forma contraditória, Streck, quando se trata de posturas "substancialistas" por ele defendidas, defende a aplicação de efeito *erga omnes*, argumentando que "mais do que proporcionar a resposta correta para aquele caso concreto", a Jurisdição Constitucional atenderia, através da adoção de "uma sentença redutiva ("a lei x é inconstitucional se aplicada a hipótese y")", "desde que dotada de efeito *erga omnes*", passaria a "proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva." (p. 233)

Ora, ou se é a favor da solução caso a caso, buscando-se privilegiar a "riqueza do caso concreto", porém, assumindo-se o ônus do volume (quase) invencível de processos, ou, se busca um sistema mais nacionalizador, pautado por soluções gerais, no nosso caso, por meio dos pronunciamentos do STF, em sede de recursos extraordinários, que servirão de balizamento para os demais órgãos do poder judiciário.

O que não nos afigura correto é a crítica veemente às "pautas gerais", porém, sua utilização, pontual, quando convém ao intérprete.

7 As experiências racionalizantes do direito comparado:

Para a busca de soluções para o nosso recurso extraordinário, vale trazer à baila as experiências do direito comparado, destacando-se os institutos do *writ of certiorari*, do modelo norte-americano[167], dos *recursos de amparo*, do modelo espanhol, e da *Verfassungsbeschwerde*, do sistema alemão.

---

[167] MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrições à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33 – 45.

Como aponta Gilmar Mendes, em seu artigo, “o processo de objetivação do recurso extraordinário”, podemos ter até “a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Cortes de Justiça para cada caso concreto”. Porém, defendendo que isto é “absolutamente impossível, aqui ou alhures”, afirma que, “de alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas repetidas.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de Objetivação do Recurso Extraordinário*.)

No âmbito do direito norte-americano, o *writ of certiorari* tem se mostrado importante instrumento de racionalização dos trabalhos da Suprema Corte. No exame de quais questões serão decididas pela Corte, juízo este exercido com “certo poder discricionário”, excluem-se assuntos que não atendam aos requisitos de “*mootness*” e de “*ripeness*”. Assim, questões relativas a “problemas abstratos”, no primeiro caso, ou que “não contêm ainda o necessário amadurecimento para discussão”, no segundo, não são analisadas[168].

A sistemática do *writ of certiorari* faz com que a Suprema Corte julgue por ano, aproximadamente, 75 – 80 casos, entre os 10.000 que lhes são apresentados anualmente[169].

Na Alemanha, o recurso constitucional - *Verfassungsbeschwerde* - tem se mostrado importantíssimo instrumento de defesa dos direitos fundamentais, podendo ser exercido por qualquer indivíduo. Para a admissibilidade (*Annahme*) do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ele deverá tratar de tema de relevância constitucional fundamental (*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*) ou de tema cujo desrespeito ao direito fundamental seja de tal gravidade para

---

[168] MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de Objetivação do Recurso Extraordinário.*

[169] “Quantos casos são objeto de recurso para a Corte em cada ano e quantos casos são julgados pela Corte? A Corte recebe aproximadamente 10.000 petições de admissibilidade por ano (*writ of certiorari*). A Corte admite e ouve os argumentos orais de certa de 75-80 casos.” Tradução livre do texto: “*How many cases are appealed to the Court each year and how many cases does the Court hear? The Court receives approximately 10,000 petitions for a writ of certiorari each year. The Court grants and hears oral argument in about 75-80 cases*.”. Fonte: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Perguntas frequentes. Disponível em:< http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi9>. Acesso em: 04 dez. 2011.

a Recorrente ou para o Recorrente que demonstre a necessária atuação/decisão da Corte (*wenn der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht*)[170].

Porém, o exame da Corte Constitucional Federal tem sido bastante seletivo. De 1951 a 2005, foram encaminhadas à Corte 157.233 casos, dentre os quais 151.424 foram recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*). Porém, desses, somente 3.699 – cerca de 2,5% - tiveram êxito[171].

Apesar dos baixos números e da questão muitas vezes ser levada ao crivo do *Bundesversfassungsgericht* através de recurso (*Verfassungsbeschwerde*) versando sobre direito individual, a decisão favorável pode ter repercussões que vão muito além do caso individual[172].

Fenômeno idêntico pode ser observado na jurisdição constitucional

---

[170] "O recurso constitucional exige admissibilidade para sua decisão. Ele deverá ser admitido para ser objeto de decisão se for de fundamental relevância constitucional, se a alegada infringência ao direito fundamental do Recorrente ou da Recorrente for de tal gravidade ou se a questão estivesse sofrendo danos particularmente em razão da falha na decisão da matéria.(...) A Corte Constitucional Federal apenas analisa questões relacionadas a direitos fundamentais. Julgamentos de outros pontos do direito e questões de fato são apenas para outras Cortes. Se nenhum direito fundamental houver sido infringido, a Corte Constitucinal Federal é vinculada a suas decisões." Tradução livre do texto: "*Die Verfassungsbeschwerde bedarf der Annahme zur Entscheidung. Sie ist anzunehmen, wenn ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, wenn die geltend gemachte Grundrechtsverletzung besonderes Gewicht hat oder wenn der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht. (...) Das Bundesverfassungsgericht prüft nur die Einhaltung der Grundrechte. Die Beurteilung sonstiger Rechtsfragen und die Feststellung von Tatsachen obliegt allein den übrigen Gerichten. Sofern dabei keine Grundrechte verletzt wurden, ist das Bundesverfassungsgericht an diese Entscheidungen gebunden.*". Fonte: ALEMANHA. Corte Constitucional Federal. Organização. *Verfassungsbeschwerde*. Disponível em:< http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb.html >. Acesso em: 04 dez. 2011.

[171] "Entre 1951 e 2005, 157.233 requerimentos foram submetidos à Corte Constitucional Federal. Desses, 151.424 foram recurso constitucionais. A grande maioria não foi admitida para decisão. Apenas 3.699 dos recursos constitucionais tiveram sucesso, ou 2,5%". "Tradução livre do texto: "*In der Zeit von 1951 bis 2005 sind beim Bundesverfassungsgericht 157.233 Anträge eingegangen. Darunter waren 151.424 Verfassungsbeschwerden. Sie wurden ganz überwiegend nicht zur Entscheidung angenommen. Nur 3.699 Verfassungsbeschwerden waren erfolgreich. Das sind 2,5%.*". Fonte: ALEMANHA. Corte Constitucional Federal. Organização. *Verfassungsbeschwerde*. Disponível em:< http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb.html >. Acesso em: 04 dez. 2011.

[172] "Apesar desse baixo número, o recurso constitucional é uma importante remédio jurídico extraordinário. Uma decisão favorável pode ter repercussões que alcançam muito além do caso individual." Tradução livre do texto: "*Trotz dieser geringen Zahl ist die Verfassungsbeschwerde ein bedeutender Rechtsbehelf. Eine stattgebende Entscheidung kann Wirkungen haben, die weit über den Einzelfall hinausreichen.*". Fonte: ALEMANHA. Corte Constitucional Federal. Organização. *Verfassungsbeschwerde*. Disponível em:< http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb.html >. Acesso em: 04 dez. 2011.

espanhola, eis que, dentre as competências do Tribunal Constitucional, relacionadas no art. 161 de sua Constituição e desenvolvidas no art. 2.1 da Lei Orgânica da Corte, se encontra a apreciação do *recurso de amparo* por violação dos direitos e liberdades referidos no art. 53.2 da Constituição da Espanha[173].

Porém, assim como ocorre nos Estados Unidos da América, com o *writ of certiorari*, e na Alemanha, com a *Verfassungsbeschwerde*, não são todos os *recursos de amparo* que são admitidos pelo Tribunal Constitucional ibérico.

Ao longo de seus 30 anos de existência, o Tribunal Constitucional da Espanha recebeu cerca de 144.630 demandas de diversos tipos, tendo decidido sob a forma de "*sentencia*" apenas 6.607, e inadmitido aproximadamente 115.000 casos[174]. E dos processos submetidos à Corte, seguramente, a imensa maioria são os *recursos de amparo.* Tanto é assim que, de um total de 10.013 processos submetidos ao Tribunal em 2007, 9840 foram *recursos de amparo*. Os números são próximos nos anos anteriores e subsequentes (de um total de 10.410 processos em 2008, 10.279 eram *recursos de amparo*; de 10.848 processos em 2009, os *recursos de amparo* eram 10.792; e dos 9.041 processos já apurados em 2010, 8.947 foram *recursos de amparo*)[175].

O juízo de admissibilidade dos *recursos de amparo* tem sido feito pelas Seções da Corte[176] de forma bastante rigorosa, objetivando possibilitar que apenas os temas mais relevantes sejam, de fato, analisados. Os dados numéricos disponibilizados pelo Tribunal corroboram essa assertiva. Tanto é assim que, de um total de 10.110 *recursos de amparos* examinados em 2010,

---

[173] ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Competências. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/Competencias.aspx >. Acesso em: 09 dez. 2011.

[174] ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Estatísticas. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

[175] ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Estatísticas. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2010.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

[176] ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Composição e Organização. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/ES/TRIBUNAL/COMPOSICIONORGANIZACION/Paginas/ComposicionOrganizacion.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011

foram inadmitidos 8.964 e sentenciados apenas 91. Nos anos anteriores os números de *recursos de amparo* examinados, e dentre esses os inadmitidos e os sentenciados são, respectivamente, os seguintes: 2009: 15.693, 13.008, 177; 2008: 12.833, 12.396,165; 2007: 11.393, 10.884, 231; e 2006: 8.368, 7.370, 327[177].

Como se percebe, os sistemas de controle de constitucionalidade americano e europeu têm convergido para um sistema de racionalização dos procedimentos e julgamentos de suas respectivas Cortes. Além da obsolescência da bipolaridade entre os modelos difuso e concentrado tal como nos ensina Francisco Fernandez Segado[178], a experiência no direito comparado demonstra que as diversas jurisdições vêm trabalhando com filtros de admissibilidade para os mecanismos processuais de acesso. Tais mecanismos tem possibilitado, como destaca Barroso, "a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte."[179]

Conclusões:

O recurso extraordinário vem, ao longo de seu desenvolvimento mais recente, caminhado no sentido de sua “objetivação”. O processo de “objetivação” do recurso extraordinário, caracterizado pela adoção de procedimentos e técnicas típicas das ações de controle concentrado de constitucionalidade em sede de recurso extraordinário, iniciado antes do advento da repercussão geral, ganhou força com a adoção do requisito.

Dentre os sinais característicos dessa “objetivação” destacam-se (1) a participação de *amicus curiae*, (2) os efeitos *extra partes* ou *erga omnes*,

---

[177] ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Estatísticas. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2010.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

[178] SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo Americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *In*: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out./dez. 2003.

[179] BARROSO: 2011, p. 132.

decorrentes da sistemática da repercussão geral, (3) a superação da fórmula do senado (art. 52, X, da CF), (4) a adoção de uma possível *causa petendi* aberta, (5) a superação de óbices sumulares para o conhecimento recursal – particularmente quanto ao prequestionamento –, (6) a comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada, (7) as audiências públicas e (8) a modulação dos efeitos decisórios no âmbito dos recurso extraordinários.

Ocorre que os contornos do recurso extraordinário “objetivo” ainda estão longe de serem definidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que não há uniformidade de visão acerca do papel da Corte em face do “novo” modelo de recurso excepcional pós repercussão geral. De fato, a própria sistemática processual acerca do recurso com a repercussão geral carece de melhor conformação, não apenas na esfera da Suprema Corte, como também no âmbito dos Tribunais em que o recurso é interposto.

Porém, não se pode negar que, tal como ocorre nas principais jurisdições constitucionais do mundo, os Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais não podem ser órgãos revisores de todos os casos concreto a eles submetidos. Esse modelo do caso a caso, além de inviabilizar a atuação dos tribunais, prejudicam o exame das grandes questões que, de fato, tem importância para os jurisdicionados, inviabilizando, ainda, prestação jurisdicional célere e isonômica.

A adoção de um modelo de recurso extraordinário “objetivo”, em que o Supremo Tribunal Federal possa fixar teses jurídicas, aplicáveis isonomicamente aos jurisdicionados pelas instâncias inferiores, à semelhança do que ocorre nos modelos estadunidense, alemão e espanhol, certamente contribuirá para a elevação do nível dos pronunciamentos da Corte, celeridade na prestação jurisdicional constitucional, e viabilidade institucional para a realização de suas relevantes funções.

Apesar do modelo de recurso extraordinário “objetivo” ainda estar em construção, parece inevitável a continuidade do processo racionalizante que se iniciou. Contudo, o sistema carece de aprimoramentos, não apenas no STF, a quem incumbe fixar o perfil do instituto em transformação, mas

também às instâncias *a quo*, que deverão adaptar o *decisum* proferido pelo Pretório Excelso às peculiaridades dos casos concretos, buscando-se, com isto um sistema mais isonômico, coerente e justo de jurisdição constitucional.

Referências Bibliográficas

ALEMANHA. Corte Constitucional Federal. Organização. *Verfassungsbeschwerde*. Disponível em:< http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb.html >. Acesso em: 04 dez. 2011.

ASSUMPÇÃO, Hélcio Alves de. Recurso Extraordinário: Requisitos Constitucionais de Admissibilidade. *In*: FABRÍCIO. Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Jugado Civil* . Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 259 – 302.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Reflexos da repercussão geral no sistema de interposição conjunta do recurso extraordinário e do recurso especial e a sugestão para o problema. *Revista de Processo*, v. 33, n. 158, abril de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERALDO, Leonardo de Faria. Recurso Extraordinário e a EC nº 45/2004.*In*: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: Síntese, mai – jun 2005, v. 35, p. 139 – 153.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2608448. Acesso em 03 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2616941>. Acesso em 03 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório Repercussão Geral – março de 2010*. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercuss

aoGeralRelatorio>. Acesso em: 10 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 416.827/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 375.011 – DF. Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004, pp. 00043 EMENT VOL-02170-02, pp. 00362.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 298.694/DF. Min Rel. Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 582.280/RJ. Min Rel. Celso de Mello

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF* n. 543, 20 a 24-4-2009 - ADI 4071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, v. 2.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral. Perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 366.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil.* 7. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2009, v. 3, p. 255 – 352.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Competências. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/Competencias.aspx >. Acesso em: 09 dez. 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Composição e Organização. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/ES/TRIBUNAL/COMPOSICIONORGANIZACION/Paginas/ComposicionOrganizacion.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Estatísticas. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional Espanhol. Estatísticas. Disponível em:< http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2010.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Suprema Corte. Perguntas frequentes. Disponível em:< http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqgi9>. Acesso em: 04 dez. 2011.

FÉRES, Marcelo Andrade. Do Recurso Extraordinário. *In*: CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros; FÉRES, Marcelo Andrade (Coord.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 617 – 658.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à Admissibilidade de Recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil. *In*: FABRÍCIO. Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Jugado Civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33 – 45.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 190 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

MENDES, Gilmar. Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: Aspectos inexplorados. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 393 a 403.

___.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

___.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

___. *O Processo de Objetivação do Recurso Extraordinário.*

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Recurso Extraordinário e Recurso Especial: Contrastes e Confrontos. *In*: FABRÍCIO. Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Jugado Civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 357 – 363.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. *Temas de Direito Processual – 9ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21 – 37.

___. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, 606 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2010.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 431.

SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescencia de la bipolaridade tradicional (modelo Americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *In*: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, out./dez. 2003

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória.* 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 730 – 782.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 287.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais de controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, 275 p.

THEODORO JR., Humberto. Algumas reflexões da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *In*: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: Síntese, mai – jun 2005, v. 35, p. 19.

___. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *In*: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: IOB, jul – ago 2007, v. 48, p. 117 – 120.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A "Repercussão Geral" como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. *In*: FABRÍCIO. Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Jugado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 431 – 439.

VELOSO. Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 413.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182.

CAPÍTULO 3
Novas Perspectivas do Controle de Constitucionalidade em Sede de Recurso Extraordinário e a Repercussão Geral

Fernando Brandini Barbagalo[180]
10.11117/9788565604079.03

Introdução

O presente trabalho procura apresentar uma visão geral do instituto da Repercussão Geral e ainda analisar os eventuais reflexos que poderão ocorrer na temática do controle de constitucionalidade influenciado por ele.

Inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a "Reforma do Judiciário", a Repercussão Geral é um instrumento processual com o objetivo de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a seleção dos Recursos Extraordinários que serão apreciados pela Corte, norteando a escolha por temas que demonstrarem relevância jurídica, política, social ou econômica.

Por se tratar de um instituto relativamente recente, inspirado em mecanismos similares existentes em outros países, pretende-se elucidar como a inserção de tal mecanismo processual poderá influenciar outros institutos relacionados ao tema do controle de constitucionalidade o que se fará através do estudo do próprio instituto – seu histórico e sua base normativa – também através dos recentes julgados proferidos pela Corte já com sua vigência.

---

[180] Mestrando do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

2 Desenvolvimento

Como afirmado anteriormente, a Repercussão Geral é um instrumento processual que possibilita uma apreciação seletiva dos Recursos Extraordinário que versarem sobre um tema que possua relevância em questões jurídicas, políticas, sociais ou econômicas.

Essa relevância, hábil a gerar o conhecimento e a apreciação do recurso, consolida-se quando o tema tratado no recurso apresentado extrapolar o mero interesse das partes, ou seja, quando repercutir na esfera de outras pessoas (físicas ou jurídicas) que não participam da lide, mas, que de uma forma ou de outra podem ser atingidos ou mesmo ter um interesse (jurídico, político, econômico, social) influenciado pela decisão da Corte.

Neste aspecto, o jurista argentino Nestor Pedro Sagües (*apud* DANTAS, 2010, p. 42), apresenta importante classificação das espécies de transcendência: *normativa* e *social*.

> A *transcendência normativa*, segundo ele, está associada sempre à relevância de uma discussão jurídica, ao passo que a *transcendência social* se caracteriza pela repercussão na sociedade gerada pela publicidade do fato, fama dos protagonistas, interesse da imprensa, ou qualquer outro motivo dessa índole41. Para justificar sua classificação, cita o célebre caso Penjerek, julgado em 1963. Tratava-se de uma ação penal em decorrência do seqüestro e homicídio de uma criança chamada Norma Mirta Penjerek. No recurso interposto pela acusação contra a decisão que absolveu o acusado, a Corte Suprema identificou gravidade institucional, não em razão de qualquer discussão jurídica, mas porque o caso gerou comoção nacional, inclusive ensejando debates na sociedade sobre formas de combater orgias e corrupção de menores.

Na Constituição de 1967 (EC n. 7/77) havia previsão da “arguição de relevância” para os recursos extraordinários que tratassem de matéria infraconstitucional.[181] Cuidava-se de pressuposto processual limitador do

---

[181] É necessário esclarecer que até a criação do STJ pela Constituição de 1988, era o STF, pela via do RE, o responsável pela preservação e interpretação da legislação federal. O RE era instrumento de conhecimento de matéria constitucional e infraconstitucional. A argüição de relevância referia-se apenas a essas últimas questões.

recurso extraordinário, sendo que, na época, o instituto foi duramente criticado e combatido pela Ordem dos Advogados do Brasil e por parcela expressiva que o qualificava de instituto antidemocrático.[182] Em razão das críticas recebidas e também por ser um instituto criado quando da vigência de um estado de exceção, foi abandonado quando da promulgação da Constituição democrática de 1988. Acreditava-se que a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial como forma de harmonizar a interpretação da legislação federal, o Supremo Tribunal Federal teria condições de operar razoavelmente suas competências. Isso, como se sabe, não ocorreu.

Mancuso (2007, p. 202) ressalta um *discrímen* interessante entre os dois institutos:

> No precedente regime de argüição, um recurso extraordinário que em princípio não seria cabível poderia excepcionalmente vir a sê-lo se, estando acoplado à arguição de relevância, esta viesse reconhecida por no mínimo quatro Ministros (um terço dos onze – inciso VII do antigo art. 325 do RISTF); ao passo que, agora, um recurso que em princípio seria cabível pode deixar de sê-lo se dois terços do colegiado (portanto, oito Ministros) entenderem que a questão constitucional nele veiculada não apresenta repercussão geral, ou seja, é... *irrelevante.* Desse modo, constata-se que, enquanto a argüição visava... incluir, a repercussão visa... *excluir*! (Não deixa de ser curioso que um questão *constitucional* possa, eventualmente, ser avaliada como... irrelevante, mas não assim uma questão *federal,* já que para o juízo de admissibilidade do REsp ao STJ o ordenamento não prevê análogo pré-requisito).

Indiscutível que o móvel inspirador do mecanismo da repercussão geral foi evitar a repetição de milhares de demandas sobre o mesmo assunto, a evitar que a Suprema Corte manifeste-se infindáveis vezes sobre a mesma temática.

---

[182] Conforme aponta Bruno Dantas, “parcela considerável da doutrina também reputava o instituto inconstitucional” (Repercussão Geral. Perspectiva Histórica, Dogmática e de Direito Comparado, Ed. RT, 2009, p. 30). Rodolfo de Camargo Mancuso também aponta que “poucos incidentes procedimentais terão provocado tanto debate na experiência jurídica brasileira como ocorreu com a *argüição de relevância”* (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, Ed. RT, 2007, p. 16).

Isso resta cristalino, quando se observa a regulamentação desdobrada da Reforma do Judiciário concernente ao art. 102, § 3º, da Constituição Federal.[183]

A Lei n. 11.418/06 acrescentou os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil que, em resumo, definem quando ocorrerá a repercussão geral (“questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” ou “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”) e a abrangência da decisão sobre o tema (“a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente”).

Para evitar a “multiplicidade” de recursos com fundamentos idênticos, apenas um ou mais recursos serão encaminhados ao Supremo, sendo que os demais aguardam a decisão definitiva sobre o caso. Quando a repercussão geral não for admitida, os recursos sobrestados serão, igualmente, inadmitidos, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão proferida nas instâncias ordinárias. Admitida a repercussão e julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobre o mesmo tema serão reapreciados e poderão restar prejudicados (quando a decisão do Supremo Tribunal seguir o mesmo sentido da proferida pelo Tribunal inferior) ou o Tribunal deverá retratar-se e adaptar o acórdão ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Caso o Tribunal inferior não proceda desta forma, o Supremo Tribunal Federal poderá “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (art. 543-B, § 4º).

Igualmente indiscutível, por outro lado, o caráter de racionalidade trazida pela disciplina legal da repercussão geral nos recursos extraordinários. Na prática jurídica brasileira, sob o pretexto de independência e autonomia judicial, não é raro encontrar decisões discordantes daquelas decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. A adoção da repercussão geral diminui essa

---

[183] “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

possibilidade, na medida em que presume a repercussão geral quando a decisão impugnada pelo recurso extraordinário for “contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (art. 543-A, § 3º, CPC). Também os órgãos fracionários e os ministros do Supremo Tribunal Federal deverão adotar postura análoga (art. 543-A, § 5º, CPC).

Fortalece-se, por consequência, o debate a respeito da extensão dos efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Atualmente, por imperativo legal, no que concerne às decisões de admissão da repercussão geral, criou-se, indiscutivelmente (e por imperativo lógico) uma vinculação horizontal no Supremo Tribunal Federal, na medida em que os ministros e os órgãos fracionários devem adotar a decisão da Corte sobre a matéria. Igualmente, haverá perante os Tribunais ordinários a mesma vinculação, porquanto, devem igualmente adotar o mesmo entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, caso contrário “poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (art. 543-B, § 4º, CPC).

Sobre esse aspecto, os professores paranaenses Marinoni e Mitidiero (2008, p. 22) salientam “o debate a respeito do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal é de inegável importância. A experiência estrangeira corrobora e sublinha ainda esse destacado valor”.

Essa construção jurídica remete a outra questão relevante (e polêmica). Atualmente, haveria diferença entre as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e em sede controle concentrado de constitucionalidade?

Sabe-se que a decisão proferida pela Corte Suprema em sede de controle concentrado possui efeito *erga omnes* (art. 102, § 2º, CF/88), mas e as decisões proferidas em sede de controle difuso, mesmo com o “filtro” da repercussão geral, teriam eficácia apenas entre as partes litigantes?

As respostas a tais questões devem enfrentar dois aspectos jurídicos em nosso sentir: a natureza da coisa julgada no processo civil e a normatização constitucional sobre o controle de constitucionalidade.

Além destes pontos jurídicos, há de superar um aspecto político, eis que, conforme o entendimento que se adote, será legítimo ao Poder Judiciário unilateralmente, quer dizer, sem interferência de qualquer órgão com representação popular, afastar do mundo jurídico uma norma aprovada pelo Congresso Nacional. Isso seria legítimo? E seria Constitucional?

Sobre o aspecto jurídico processual, é muito presente, no Brasil, o entendimento dentro da dogmática processual da vinculação do tema debatido no processo ao interesse das partes. O processo "pertenceria" às partes litigantes numa subjetividade dos direitos discutidos. Mesmo naqueles processos que veiculam pretensões em que existam incidentes com questões constitucionais relevantes, e inclusive com natureza de repercussão geral, entende-se majoritariamente que a decisão restringe-se seus efeitos aos limites do instituto da coisa julgada subjetiva e objetivo. Em resumo, a decisão em um processo (civil ou penal) de partes comuns possui eficácia interpartes.

Os limites da coisa julgada, na visão processualista comum, referem-se ao pedido, sendo ensinado tradicionalmente nos bancos acadêmicos que a coisa julgada refere-se ao pedido e não à causa de pedir (salvo nos casos de declaração incidente devidamente requerida, na forma do art. 325, do CPC). Neste sentido, a questão da inconstitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo surgiria apenas como incidente e, por isso, não faria coisa julgada. Assim, as razões de decidir não integrariam os limites da coisa julgada, daí a dificuldade em se entender (e estender) os efeitos da declaração incidental ou mesmo de aceitar que tal declaração tenha efeito *erga omnes* e vinculante.

Os limites subjetivos da coisa julgada apontam outra dificuldade, pois a decisão judicial refere-se em regra aos litigantes. Assim, a decisão somente teria efeito e seria "exigível" das partes vinculadas ao processo.[184]

Certo que a doutrina vem promovendo um novo pensamento, diferenciando o processo "comum" daqueles outros que contêm problemas constitucionais incidentes em seu conteúdo.[185] Contudo, a ampliação do conceito "clássico" dos efeitos da coisa julgada carece ainda de uma maior aceitação por parte da doutrina.

Não obstante, há estudiosos que avalizam e reputam correta essa ampliação (ou mesmo desconsideração) dos limites da coisa julgada quando a pretensão envolver, ainda que incidentalmente, um tema de natureza constitucional relevante.

Em um extenso trabalho de doutoramento sobre o tema, Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, pp. 143/144) argumenta:

> [...] Na via judicial (controle difuso), ante o julgamento pelo caso concreto, a extensão da declaração e de sua validade intrínseca estão diretamente relacionadas com a extensão da própria pretensão jurídica definida. Essa corresponde a todos os sujeitos de direito daquela categoria. A generalidade ou restrição é proporcional ao que foi decidido e dentro das circunstâncias da sua definição. Nessa perspectiva, a sua ampliação alcançará a todos" [...] Esse formalismo (dos limites da coisa julgada) procede da concepção processual civil que confere ao processo constitucional judicial e difuso, com base na lide privatista, a extensão somente *inter partes*. Há uma desconsideração do caráter público, individual e indisponível do

---

[184] Neste aspecto, não deixa de ser uma "intromissão" indevida em lide alheia a possibilidade de um terceiro - *amicus curiae* - poder intervir no processo (apresentando petições ou pareceres) sem que as partes sequer possam contestar tal situação (art. 323, § 3º, RISTF).

[185] Canotilho ressalta: "[...] O direito processual constitucional tem por objeto o processo constitucional. O processo constitucional reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade de actos normativos públicos. Nesse sentido, o processo constitucional é o processo de fiscalização da inconstitucionalidade das normas jurídicas (cfr. CRP, art. 223/1). [...] não deve confundir-se com o direito constitucional processual. [...] Nesse sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o direito constitucional processual civil ou constituição processual civil para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para julgamento das chamadas causas cíveis ou civis. (Direito constitucional e teoria da constituição. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 955/956).

> Direito Constitucional uno expresso na questão incidente de inconstitucionalidade. O controle judicial e difuso brasileiro, nos mesmos moldes do sistema de controle judicial de constitucionalidade norte-americana, não concede processualmente a mesma extensão *erga omnes* do controle judicial e difuso norte-americano. O processo constitucional individual brasileiro comporta-se processualmente como um processo individual disponível nos moldes do processo civil europeu [...] A relevância é que confere a transcendência e a importância material do direito em causa sobre o direito processual veiculado individualmente da mesma. Ela funciona como fator desencadeante da aplicação do princípio da isonomia para todos os cidadãos norte-americanos frente àquela lesão individual de direito constitucional.

E a mesma autora (AZAMBUJA, 2008, p. 703) conclui:

> Com essa proposta e resultado a tese oferece um caminho processual substantivo e constitucional compatível com a jurisdição una brasileira, a fim de que não ocorra a repetição de julgamentos sobre a mesma matéria constitucional, bem como qualquer outro direito objetivo uno e comum a uma pluralidade de pessoa, pelo efeito positivo de sua coisa julgada material. Haverá um esvaziamento da carga judiciária com este procedimento, bem como respeito à coerência e à unidade do sistema que informa qualquer lide, sem a utilização de expedientes formais, procedimentais como súmulas, uniformização de jurisprudência e incidentes para obtenção do mesmo resultado. Isto é, efeito *erga omnes* natural conseqüência do Direito Constitucional ante a força normativa e unidade da Constituição.

Outras questões palpitam em torno dessa questão do efeito vinculante das decisões proferidas em controle difuso. Afinal, há dispositivos constitucionais que fornecem a conformação atual do controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Brasil que não podem ser ignorados. Não há sombra de dúvida de que a Constituição consagrou, entre nós, um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Porém, essa aproximação entre os efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado acarreta, à primeira vista, a violação ou desconsideração de alguns comandos constitucionais.

Nesta esteira, ao admitir que as decisões do controle concentrado e do controle difuso de constitucionalidade possuam os mesmos efeitos, ambos

vinculantes, não se estaria, ainda que indiretamente, violando, por exemplo, o comando constitucional estatuído no art. 103 que disciplina os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade?

Além disso, aceitando que os efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade teriam natureza *erga omnes*, qual seria a função da cláusula do Senado, insculpida no art. 52, inciso X, da Constituição Federal? Enfim, ainda vigora o dispositivo constitucional que estipula ser competência privativa do Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal"?

Neste aspecto, emerge a questão política escamoteada pelo tema jurídico. Seria democraticamente legítimo (aceitável) que um poder desvinculado de representação popular, pudesse expurgar leis e normas jurídicas sem a interferência de qualquer outro poder?

Enfrentando apenas o aspecto jurídico, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal parecem aceitar a convergência dos dois modelos de controle de constitucionalidade. Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 158), por exemplo:

> Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Para reforçar sua posição, o Ministro (MENDES, 2004, pp. 162/163) expõe a seguinte situação:

> Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes? Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil caso se entenda que ela tem uma outra

> função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.

E arremata o constitucionalista (MENDES, 2004, p. 163):

> Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, quando relatou a reclamação n. 4.335/AC [186], colocou em pratica seu posicionamento doutrinário. Extrai-se do voto do relator:

> Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, **desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2o, § 1o, da Lei n. 8.072/1990**. (grifos nosso)

O entendimento esposado pelo Ministro relator foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau que, igualmente, aceitou a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Contudo, os demais ministros que votaram não seguiram tal entendimento. O Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, não obstante tenha concedido *habeas corpus* de ofício para que o juiz examinasse os pressupostos para progressão de regime. No mesmo sentido, foi o voto do Ministro Joaquim Barbosa. Na sequência, o Ministro

---

[186] A reclamação em questão versa sobre a negativa do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC em aplicar o entendimento manifestado pelo STF no HC n. 82.959 que declarou inconstitucional o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos que previa o cumprimento da pena para condenados por crimes hediondos em regime integralmente fechado. Para o juiz acreano a decisão STF não teria sido comunicada ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da CF e, por isso, no seu entendimento, o dispositivo em questão ainda estaria vigente (Reclamação 4.335-5/AC, Reclamante Defensoria Pública da União, Reclamado Juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco).

Ricardo Lewandowski pediu vista e, até o momento, o julgamento ainda não se encerrou.[187]

Sobre o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e Eros, o professor Lênio Streck,[188] abordando a temática política envolvida, assim se manifestou:

> Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.
>
> Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal.* Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legistativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo,* o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.
>
> Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga onmes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se

---

[187] Informações obtidas junto ao site do STF (www.stf.jus.br). Para evitar novas reclamações no mesmo sentido, o STF tratou de editar uma súmula vinculante n. 26 sobre o assunto ("Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico").

[188] **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional, p. 7. Disponível em http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40, Acesso em 06/11/2011.**

> construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc.* Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

O autor toca em questão central, pois equiparar os efeitos do controle concentrado ao controle difuso, acaba por equiparar o próprio sistema concentrado ao difuso, ou vice versa.

Vejamos o desenvolvimento do pensamento de Lênio Streck[189] neste sentido:

> Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.
> É preciso entender que a questão do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão. Isso parece claro. O texto do art. 52, X, da Constituição do Brasil, somente tem sentido se analisado – *portanto, a norma que dele se extrai* - a partir de uma análise do sistema constitucional brasileiro. O sistema é misto.
> Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei nº 9.868/99). O controle difuso tem na sua *ratio* o efeito *ex tunc* entre as partes.
> Então, qual é a função do Senado (art.52,X)? Parece evidente que esse dispositivo constitucional não pode ser inútil. Veja-se: em sede de recurso extraordinário, o efeito da decisão é *inter partes* e *ex tunc*. Assim, na hipótese de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso extraordinário, *remeterá a matéria ao Senado da República, para que este suspenda a execução da referida lei (art. 52, X, da CF).* Caso o Senado da República efetive a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, agregará aos efeitos anteriores a eficácia *erga omnes* e *ex nunc*.[190]

---

[189] Obra citada, p. 29.
[190] STRECK, Obra citada, p. 29/30.

O mesmo autor ainda faz ponderações sobre decisões em sede de controle difuso em que o quórum seja "apertado" ou mínimo, exemplo uma decisão plenária por 6 (seis) votos a 5 (cinco).[191] Este quórum não é suficiente para edição de uma súmula vinculante em que se exige quórum qualificado. No entanto, a decisão teria o mesmo *status*, por assim dizer.

Conclusão

Diante do que foi exposto, conclui-se que o mecanismo da repercussão geral baseou-se nos mesmos fundamentos da antiga "argüição de relevância", buscando frear o aumento infindo dos recursos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, passou a ser entendido por parte da doutrina a possibilidade de comunicar as decisões proferidas (e os seus fundamentos determinantes) em sede de controle de constitucionalidade concreto e difuso, numa aproximação que autorizou alguns doutrinadores de renome a vislumbrar uma eficácia vinculante nas decisões proferidas pela Corte em controle difuso, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Contudo, parte da doutrina e também do próprio Supremo Tribunal Federal não compartilham desse entendimento e podem ser destacados os seguintes motivos para sua contrariedade. O primeiro seria o desrespeito às normas estabelecidas constitucionalmente, sendo que a concepção de mutação constitucional, definitivamente, não se encontra madura entre nós. Principalmente, quando o objeto de tal mutação for um dispositivo da própria Constituição. O segundo seria um efeito indireto. O fortalecimento demasiado do Poder Judiciário frente aos demais poderes constitucionais, causando uma ruptura ou um enfraquecimento da própria democracia. Porquanto, o Supremo Tribunal Federal poderia retirar do ordenamento jurídico qualquer ato normativo que entendesse inconstitucional e sem a interferência dos demais poderes em qualquer momento ou hipótese.

---

[191] Diga-se de passagem, foi o quórum do HC n. 82.959/SP que originou a RCL 4.335-5/AC.

Enfim, suplantar o sistema constitucional vigente de controle de constitucional misto, sem alteração no texto constitucional, como visto, certamente levará ainda um longo período de discussão e reflexão.

Referências:

ARRUDA ALVIM, J. M. de. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dia de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado* – Efeito *Erga Omnes* de Seu Julgamento – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

_____________. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado* – Efeito *Erga Omnes* de Seu Julgamento – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus curiae *no processo civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almeldina, 2002.

_____________. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almeldina, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a *repercussão geral* como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista de Processo*. n.º 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Bruno. Repercussão geral - Algumas lições da Corte Suprema argentina ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

_____________. *Repercussão geral* - Algumas lições da Corte Suprema argentina ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

_____________. Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões, processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____________. *Repercussão Geral:* perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões, processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FAUSTINO, Antônio Carlos e BASTOS, Marcelo dos Santos. O art. 52, X, da Constituição Federal: Eficácia e Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal na via do Controle Difuso e o Papel do Senado Federal. Brasília: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 12, jul./dez. 2008.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____________. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:* um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

_____________. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 74/84, abr./jun. 2008.

_____________. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 74/84, abr./jun. 2008.

STRECK. Lenio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40, Acesso em 06/11/2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPÍTULO 4
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PONDERAÇÃO JUDICIAL Estudo de Caso da ADI nº 3.510/DF

Amaury de Matos Rodrigues[192]
10.11117/9788565604079.04

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho objetiva analisar, com base em pesquisa bibliográfica, os pontos positivos e as críticas à utilização da ponderação de princípios pelas Cortes Constitucionais, bem como verificar a aplicação dessa técnica pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de estudo de caso relativo ao julgamento da ADI nº 3.510/DF.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, decidiu pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, na qual se discutia a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança no tocante à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias para a realização de pesquisas científicas.

Considerando o notório conflito entre princípios fundamentais, buscar-se-á estudar os fundamentos expendidos pela Procuradoria Geral da República e pelos ilustríssimos Ministros da Corte Suprema para verificar se a ponderação de princípios constitucionais foi utilizada na fundamentação de seus votos e, em caso positivo, de que maneira o fizeram.

---

[192] Mestrando do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

2 A LEI DE BIOSSEGURANÇA

O Presidente da República, por meio da Mensagem nº 579/2003[193], submeteu à Câmara dos Deputados projeto de lei que "estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança e dá outras providências".

Concluída a tramitação em ambas as casas do Congresso Nacional, foi sancionada a Lei nº 11.105/2005[194], que, em seu art. 5º, assim dispõe:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

3 PETIÇÃO INICIAL

O Procurador-Geral da República[195] ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o nº 3510/DF, requerendo a declaração de

---

[193] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.401/2003. Exposição de motivos nº 579/2003. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em 01/12/2011

[194] BRASIL. Lei nº 11.105/2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, (...) e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 01/12/2011.

inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da citada Lei nº 11105/05, aduzindo, em síntese:

> Ofensa aos art. 1º, inciso III, e art. 5º, da CF, em decorrência da inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana;
> O início da vida humana ocorre na, e a partir da, fecundação do óvulo e a retirada das células-tronco, com a conseqüente destruição do embrião, importaria na violação do direito à vida;
> As pesquisas com células-tronco adultas seriam mais promissoras do que as com células-tronco embrionárias.
> A necessidade de proteção ao embrião, a exemplo da legislação alemã.

4 A DEFESA DO TEXTO NORMATIVO

A Constituição Federal da República estabelece, em seu art. 103, § 3º, que o Advogado-Geral da União será responsável pela defesa do texto impugnado, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese de norma legal.

No exercício dessa prerrogativa, a União, por intermédio de seu Advogado-Geral, ratificou as informações prestadas pela Presidência da República[196], aduzindo, em síntese:

> A definição do significado do termo “vida”, objeto de proteção constitucional, envolve a ponderação de interesses e valores sociais, variáveis segundo a realidade sócio-político-cultural vigente;
> A proteção à vida no ordenamento jurídico pátrio não é absoluta, visto que possibilita a interrupção da gestação em casos específicos;
> As células-tronco embrionárias têm ampla utilidade para as pesquisas biomédicas e poderão resultar em avanços científicos em benefício da coletividade, o que conferiria razoabilidade inquestionável à lei impugnada;
> A impossibilidade de igualar a proteção jurídica do embrião no ventre materno aos óvulos fecundados excedentes em processo de fertilização in vitro;

---

[195] BRASIL. Procuradoria Geral da República. Petição Inicial na ADI nº 3.510/DF. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06.12.11

[196] BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 436/2005, encaminhando ao STF o parecer da lavra do Advogado da União Rafaelo Abritta. <Disponível em www.stf.jus.br> Acesso em 01.12.2011.

> O princípio da dignidade da pessoa humana somente protege o ser humano detentor de personalidade jurídica, o que não é o caso dos embriões congelados;
> As premissas adotadas pelo Procurador-Geral da República não seriam isentas do ponto de vista religioso, existindo inúmeras posições em sentido contrário;
> O direito à saúde e à livre expressão da atividade científica consubstanciam valores amparados constitucionalmente.

5 A INTERVENÇÃO DOS AMICI CURIAE

Na presente ação direta de inconstitucionalidade foram autorizadas as manifestações das seguintes entidades a título de amicus curiae, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH, Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, e a Confederação Nacional dos Bispos – CNBB.

6 AUDIÊNCIA PÚBLICA

Cumpre salientar que foi determinada a realização de audiência pública – nas palavras do em. Ministro relator[197] "esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa" -, conforme o disposto no § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, envolvendo a participação de 22 (vinte e dois) especialistas na área.

Sintetizando as mais de 8 (oito) horas de debates, o relator ressalta a formação de duas correntes distintas de pensamento: a) a que atribui ao embrião uma "progressiva função de auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização"; que a pessoa humana já existe desde a fecundação do óvulo pelo espermatozóide; que não há vantagem no uso das células-tronco embrionárias sobre as células-tronco adultas para realização de pesquisas. b) a segunda corrente defende a maior

---

[197] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 156.

versatilidade das células-tronco embrionárias; que o óvulo fertilizado *in vitro* somente é viável se e quando implantado no útero, por ação humana.

7 JULGAMENTO

O Supremo Tribunal Federal, em apertada votação por 6 a 5, decidiu pela improcedência da ação proposta pelo Procurador-Geral da República, mantendo incólumes os artigos da legislação impugnada.

Em decorrência das limitações de espaço, optou-se por apresentar os principais argumentos do voto do em. relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e do voto-vista proferido pelo em. ministro Menezes Direito, por representarem as duas principais correntes em discussão. Quanto aos demais votos, o presente trabalho cingiu-se a apresentar as passagens concernentes à aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisdição constitucional.

7.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto[198]

O em. Ministro Carlos Ayres Britto, após apontar os dispositivos da Lei nº 11.105/05 objetos da controvérsia, assevera:

> O que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro.
> Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é um todo necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa.

Citando o constitucionalista José Afonso da Silva, afirma que o conceito de vida no contexto constitucional é mais abrangente do que o mero sentido biológico, envolvendo também sua acepção biográfica.

---

[198] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 153-207.

Leciona que a constituição não "faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico" e que a inviolabilidade prevista no art. 5º é voltada a um já personalizado indivíduo.

Com base no trabalho de Ronald Dworkin, afirma que o Direito "protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano", sendo que a tutela jurídica aumenta a cada etapa do evolver humano.

Analisando a evolução da formação humana, salienta que as três realidades não se confundem: "o embrião é o embrião, o feto é o feto, e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. (...) Donde não existir pessoa humana embrionária e sim embrião de pessoa humana".

Lembra que a Constituição da República impõe ao Estado o dever de propiciar recursos científicos aptos ao exercício do planejamento familiar, o que incluiria o acesso à fertilização *in vitro* e que não há obrigação da mulher em hospedar em seu ventre todos os óvulos utilizados no processo, o que resultaria nos ovócitos excedentes.

Nessa linha de raciocínio, ressalta que a Lei de Biossegurança introduziu procedimento rigoroso e adequado para a destinação dos ovócitos não utilizados para reprodução humana, mencionando texto do Prof. Celso Lafer, a dizer que os controles estabelecidos pela citada Lei "conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade".

Faz paralelo com a Lei 9.434/97, a qual dispõe que a morte encefálica marca o término da vida, para afirmar que o embrião congelado, por não ter ainda formadas as terminações nervosas que constituirão o cérebro, não pode ser considerado pessoa.

Ressalta, por fim, que a saúde e o desenvolvimento científico fazem parte do catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, decidindo pela total improcedência da ação.

7.2 – Voto do Ministro Menezes Direito[199]

O Ministro Menezes Direito, ao proferir seu voto-vista, salienta que a Constituição destina-se a pessoas que têm formações e opiniões diversas e que “a circunstância de considerarmos algumas opiniões naturais ou familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição”.

Discorrendo sobre a técnica de fertilização *in vitro* e a manipulação genética, assevera que a “experimentação científica parece não se conter em limites auto-impostos”, ressaltando o risco de inaceitável eugenia decorrente da seleção de embriões.

Apresenta resultados de pesquisas envolvendo a utilização de células-tronco adultas, as quais já teriam obtido resultados concretos, em contraposição com o caráter inicial dos estudos com células-tronco embrionárias.

Afirma que o estabelecimento de um marco de início da proteção ao embrião constitui escolha arbitrária do legislador, não havendo consenso a respeito do tema, conforme estudo que apresenta sobre a legislação de diversos países.

Expressa sua convicção de que “o desenvolvimento das pesquisas

que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Estes valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica”.

Com base em Aristóteles, afirma que o “embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito da sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar”.

---

[199] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Menezes Direito. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 221-306

No mesmo sentido, prossegue sua análise sobre a viabilidade do embrião *in vitro*, nestes termos:

> De fato, Aristóteles tem serventia para afastar essa idéia de que o embrião congelado não será alguém fora da recepção uterina. É possível dizer o contrário, ou seja, quando há a fecundação ele já é, e se há interrupção do que é, aí sim, ele não será. Ele já é ser porque foi gerado para ser, não para não ser.
> O embrião não é um ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões.

Leciona sobre a distinção entre possibilidade e potência, que considera conceitos diversos, pois "a possibilidade traz em seu âmago o próprio opósito, já que uma possibilidade é sempre e ao mesmo tempo uma impossibilidade, o que não se dá com a potência. Esta não encerra em si a sua negação e só não resulta em ato se, como visto, um impedimento externo se impõe".

Afirma que a "produção" dos embriões *in vitro* é orientada teleologicamente, não sendo lícita sua utilização para outros fins que não a reprodução.

Salienta não existir diferença ontológica entre as fases do desenvolvimento humano, seja o embrião, o feto, o recém-nascido, a criança, o adolescente, o adulto e o velho, que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e não a outras.

Ressalta ser contraditório entender não haver pessoa (personalidade) no embrião mas reconhecer-lhe a proteção da dignidade da pessoa humana. Nessa toada, aponta a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, pois não havendo vida racional neste, não há falar-se em reconhecer sua dignidade. Conclui afirmando: "é, pois, a vida que regulará a proteção merecida pelo embrião".

Lembra que o conceito de "vida" para a Constituição da República compreende tanto o direito de permanecer vivo quanto o direito à subsistência, concluindo que o embrião, por ser vida humana, é protegido pela Carta Magna.

Discorrendo sobre a inadequação da visão utilitarista de descarte dos embriões excedentes congelados, afirma:

> Todas as vezes que a humanidade fica cega na busca de resultados, resvala para a deformidade. Isso precisa ser repelido. O princípio da ponderação entre meio e fim resulta sempre na afirmação de que os fins não justificam os meios. Por isso é que devemos retornar à questão jurídica que estamos examinando. Simplificar a solução pela justificativa utilitarista é criar para a humanidade opções que esmagam a dignidade da pessoa humana. Se pelo bem praticamos o mal, se para salvar uma vida negamos outra, ficará sem salvação o homem, que estará aguardando a sua vez de ser sacrificado. (...)
> Essa valorização da vida é que nos torna responsáveis por abraçar aqueles que esperam renascer para a plenitude com a cura de suas patologias. E essa responsabilidade é que nos faz encontrar a saúde sem sacrificar a vida. E a ciência em todos os seus níveis deverá construir esse caminho, na maior expectativa de fazer o bem a partir do bem e não a partir do mal.
> Esse caminho já está aberto. A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. Conseqüentemente, não viola o direito fundamental à vida.

Analisando o decreto regulamentador da Lei de Biossegurança quanto à inviabilidade de embriões, aponta para a inconstitucionalidade da utilização daqueles com diagnóstico de má-formação genética ou com alterações morfológicas, embora entenda constitucional utilizar como fonte de células-tronco embrionárias aqueles embriões classificados como inviáveis por ausência de clivagem.

Após manifestar sua preocupação com a deficiência da Lei de Biossegurança na regulamentação do tema e com a falta de controle das clínicas de fertilização *in vitro* pelos órgãos públicos, o em. Ministro conclui seu voto pugnando pela declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos art. 5º-caput, art. 5º, incisos I e II, e §§ 1º e 2º.

7.3 Voto da Ministra Ellen Gracie[200]

A Ministra aponta ter ficado demonstrada a existência de numerosos entendimentos, todos respeitáveis, porém antagônicos, a respeito do momento exato de início da vida humana. Manifesta sua preocupação com a busca de solução perante o Poder Judiciário, nestes termos:

> Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto à sua conformidade com a Carta de 1988.

Assevera verificar na Lei de Biossegurança um “significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria”, não enxergando violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ou ofensa à inviolabilidade do direito à vida, destacando-se a aplicabilidade, ao caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível.

7.4 Voto do Ministro Eros Grau[201]

Leciona o Ministro Eros Grau que o termo “embrião”, em sentido corrente, significa um ser em desenvolvimento vital em um útero, enquanto, na Lei de Biossegurança, tem a acepção de óvulo fecundado congelado. Assim, na acepção legal de embrião não haveria vida humana, pois seu desenvolvimento estaria paralisado, não havendo sentido, pois, “cogitarmos, em relação a esses ‘embriões’ do texto do art. 5º da Lei n. 11.105/05, nem de

---

[200] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto da Ministra Ellen Gracie. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 214-219.

[201] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 449-460.

vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana".

Alerta, entretanto, para o perigo relacionado à excessiva amplitude da permissão veiculada pelo dispositivo legal, o que poderia levar, em tese, à manipulação genética e à reificação da vida, afirmando que:

> Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle de proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta.

Nesse sentido, o Ministro, embora declare a constitucionalidade da norma, estabelece condições para o exercício das atividades ali reguladas, em típica decisão de caráter aditivo.

7.5 Voto do Ministro Joaquim Barbosa[202]

O Ministro Joaquim Barbosa afirma que a solução da controvérsia reside em verificar, não o momento de início da vida, mas sim se a exceção ao direito à vida é compatível com a Constituição Federal, ao entendimento que se transcreve:

> Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental. (...)
> Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização in vitro, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda em tratamento e sem cura. Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda

---

[202] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 461-474.

> a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.

Assim, ressaltando a importância do estabelecimento de rígida fiscalização e controle, por meio de órgãos dotados de competência técnica e normativa sobre as pesquisas realizadas com as células-tronco embrionárias, acompanha o voto do relator.

7.6 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski[203]

O Ministro realiza, *ab inicio*, reflexões epistemológicas acerca da ciência, suscitadas pelo avanço das pesquisas genéticas e pela crença em sua benignidade intrínseca.

Salienta que o debate deve centrar-se em considerar o direito à vida como um bem coletivo, pautado no princípio da precaução e no entendimento da dignidade humana enquanto postulado.

Ressalta a insuficiência regulatória da Lei de Biossegurança, a exemplo da indeterminação do conceito de inviabilidade dos embriões, do critério temporal para preservação dos embriões criopreservados, da necessidade de consentimento livre e informado, a falta de independência dos comitês de ética, etc.

Com essas considerações, vota pelo parcial provimento da ação direta, declarando-se a inconstitucionalidade sem redução de texto, com as considerações que aponta.

7.7 Voto da Ministra Carmem Lúcia[204]

Ao iniciar seu voto, a Ministra Carmen Lúcia respondeu à indagação feita por um dos debatedores a respeito da legitimidade do Poder Judiciário "para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia", nestes termos: "No Estado Democrático de

---

[203] _________ Voto do Ministro Ricardo Lewandowisk. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 374-448.
[204] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto da Ministra Carmem Lúcia. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 326-371.

Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever".

Analisando o mérito, afirma que:

> Todo princípio de Direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos no Sistema. Como acentuado pelo Procurador-Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado, com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põe para a perfeita sincronia e dinâmica do Sistema Constitucional.

Assevera não existir violação ao direito à vida na garantia das pesquisas com células-tronco embrionárias, nos limites estabelecidos pelo legislador ordinário.

Traz à baila o princípio da solidariedade entre as gerações, esculpido no art. 225, § 1, inciso II, da CF, para reforçar a necessidade de regulamentação das pesquisas que envolvam a manipulação de material genético. Nesse sentido, afirma a importância de observância do princípio da necessidade, por meio do qual se deve comprovar se as pesquisas científicas propostas são necessárias para o conhecimento, a saúde e qualidade de vida humana.

Em extensa dissertação, assevera que o princípio da dignidade humana é um superprincípio constitucional, no qual se fundam todas as escolhas políticas insculpidas na Constituição. Salienta que o mero descarte dos embriões excedentes lhes retiraria a dignidade, a qual poderia ser melhor resguardada com sua destinação às pesquisas científicas.

Tratando do direito à pesquisa, afirma que impedir qualquer linha de pesquisa, desde que ética e juridicamente válidas, constituiria inadmissível constrangimento ao direito à vida, à saúde e à liberdade de pesquisar.

Abordando implicitamente os princípios da adequação e necessidade, salienta que "a segunda é a de que (...) a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer outra, sequer com

as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência que naquelas se contém, como antes acentuado".

Ao final, vota pela improcedência da ação direta.

7.8 Voto do Ministro César Peluzo[205]

Partindo da premissa de que a proteção à vida estabelecida na Constituição diz respeito à vida da pessoa humana, o ministro César Peluzo aponta a constitucionalidade da norma impugnada, tendo em vista que o embrião não é (ainda) pessoa, embora mereça ter preservada sua dignidade.

Com fulcro nas balizadas opiniões científicas colhidas durante a audiência pública, salienta o caráter da vida como processo, sucessão de eventos, o que não ocorreria no embrião congelado.

Lembra da necessidade de assegurar o poder de disposição dos casais sobre seus embriões, sob pena de grave violação à dignidade da pessoa humana.

Tratando expressamente do princípio da proporcionalidade, o Ministro assevera:

> Daí, aliás, se infere, logo, que sob nenhum aspecto esta causa envolve conflito de normas ou de princípios constitucionais, nem, por conseguinte, necessidade de recurso ao critério mediador da proporcionalidade, cuja invocação, de todo modo, em caso de algum contraste hipotético ou aparente, não excluiria à lei as qualificações de adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito.

Esclarecendo sua posição, discorre sobre o tema em notas de rodapé, nestes termos:

A respeito do subprincípio da adequação:

> Por isso, não releva saber quais células-tronco, adultas ou embrionárias, estejam em etapas mais avançadas de pesquisas ou abram mais vastos horizontes terapêuticos.

---

[205] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro César Peluzo. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 475-524.

> Como ambas contribuem para a persecução de um fim prestigiado pela Constituição, sem ferir-lhe outras normas ou princípios, reputam-se ambas adequadas, perdendo todo o sentido a discussão sobre a superioridade técnica de uma sobre a outra.

Sobre o subprincípio da necessidade:

> Porque, conquanto sejam também adequadas as pesquisas com CTA, não parecem elas representar expediente capaz de promover com igual amplitudee [sic], traduzida aqui pela velocidade, plasticidade e versatilidade das CTE, a realização dos mesmos bens jurídicos.

Quanto ao subprincípio da ponderação:

> Insisto em que não há colisão alguma de princípios ou regras. Mas, se a houvera, a limitação do direito à suposta 'vida' dos embriões (que estes não tem, como penso estar demonstrando) ou ao grau de sua dignidade ética e constitucional, seria suficientemente justificada pelo resguardo do direito à vida e à dignidade de todas as pessoas suscetíveis de serem beneficiadas pelos resultados das pesquisas, aliada à promoção da saúde e à livre expressão científica.

Por fim, manifestando preocupação com a insuficiência de proteção estabelecida pela novel legislação, votou pela improcedência da ação e interpretação conforme, com caráter aditivo.

7.9 Voto do Ministro Marco Aurélio[206]

Inicialmente, informa sua restrição ao uso da técnica de interpretação conforme à Constituição, como proposto no voto-vista, por entendê-la arriscada sob o ponto de vista de transformar o Supremo em legislador positivo.

Abordando, de maneira implícita o subprincípio da necessidade, afirma que "no mundo científico, é voz corrente que células-tronco não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurônios".

---

[206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 538-553.

Conclui seu voto improcedência da ação direta, assentando a harmonia da legislação impugnada com a Constituição Federal e com o princípio da razoabilidade.

7.10 Voto do Ministro Celso de Mello[207]

Destaca, de início, a essencialidade e valor estruturante do ordenamento estatal desempenhado pela dignidade da pessoa humana, bem como o caráter laico do Estado, a exigir a neutralidade do julgador.

Após discorrer sobre as diversas correntes que disputam a definição do marco inicial da vida, assevera que o limite temporal para utilização das células-tronco embrionárias seria a formação do sistema nervoso central.

Afirma expressamente aplicar-se ao caso o princípio da proporcionalidade, ao entendimento que se transcreve:

> Tenho para mim, desse modo, Sr. Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis, cujas superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico - das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

Em conclusão, vota pela improcedência do pedido, sem qualquer restrição.

7.11 Voto do Ministro Gilmar Mendes[208]

Discorrendo sobre o caráter contra-majoritário da Corte Constitucional, ressalta o papel inafastável da Jurisdição Constitucional de decidir as questões carregadas de valores fundamentais contrapostos. Nesse sentido, afirma:

---

[207] _______ Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 554-591.

[208] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011, p. 596-630.

> O Supremo Tribunal Federal demonstra, com esse julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

Afirma não ser necessário adentrar na discussão sobre o marco inicial da vida humana para a solução da questão posta, invocando para tal mister o princípio-responsabilidade, na concepção de Hans Jonas, salientando a necessidade de regulação dos avanços científicos para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, afirma que "a questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade", ressaltando, *verbis:*

> A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição do excesso (übermassverbot), mas como proibição da proteção deficiente (untermassverbot). (...) O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de forma ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Realizando o cotejo da Lei n 11.105/05 com a de outros países sobre a mesma temática, conclui que "a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)". Em decorrência, vota pela improcedência da ação direta, com efeitos aditivos.

8 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Paulo Gonet Branco[209], em percuciente estudo sobre o juízo de ponderação no âmbito da jurisdição constitucional, afirma que o constitucionalismo do pós-guerra – denominado neoconstitucionalismo-, caracteriza-se pela incorporação de valores ao texto constitucional e pelo reconhecimento do valor jurídico superior da Constituição. Em conseqüência da "materialização da Carta Magna", postulados ético-morais passaram a ser objeto de decisão dos juízes constitucionais, o que trouxe à baila a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, tendo em vista a possibilidade de revisão, por um poder não eleito, de decisões tomadas pelos representantes do povo.

Segundo Carlos Bernal Pulido[210], a contemporânea teoria do direito firmou a compreensão de que o ordenamento jurídico é composto tanto por regras quanto por princípios. Enquanto as regras ostentam uma estrutura condicional hipotética, cuja aplicação requer o uso da subsunção, os princípios seriam "mandados de otimização", aplicáveis por meio da ponderação de princípios.

Desenvolvendo o tema, afirma Robert Alexy[211] que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Segundo o jurista alemão, o princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, define o que se deve entender por "otimização" na teoria dos princípios.

---

[209] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59-60.

[210] PULIDO, Carlos Bernal. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales**. Universidad Nacional Autônoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em < http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf> Acesso em 07.12.2011, p. 19

[211] ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, ano 22, n. 66, set-dez, 2002, p.26

Para Alexy[212], os subprincípios de adequação e necessidade expressam a pretensão de alcançar a maior realização possível, de acordo com as possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o significado de "otimização" em relação às possibilidades jurídicas, ou seja, o cotejo com os princípios que atuam em sentido contrário. Assim, esse subprincípio seria idêntico à lei da ponderação, a estabelecer que "quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro".

Para Pulido[213], "a ponderação converteu-se em um critério metodológico indispensável para o exercício da função jurisdicional, especialmente a que se desenvolve nas Cortes Constitucionais".

Ainda de acordo com Carlos Bernal Pulido, a ponderação consiste em sopesar dois princípios que entram em colisão, visando determinar-se qual deles tem maior peso para determinar a solução de um caso concreto.

Enquanto técnica de interpretação e aplicação do direito adotada pelo neoconstitucionalismo, a ponderação de princípios, segundo Gonzalez[214], apresenta os seguintes pressupostos: a) a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico; b) a diferenciação das normas constitucionais em princípios e regras; c) o protagonismo do poder judiciário como criador-atualizador do direito; d) a aplicação da técnica da ponderação no lugar da subsunção.

Ricardo Guastini, citado por Eros Grau[215], assevera que ponderar significa estabelecer uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios em

---

[212] ALEXY, Robert, Op. Cit., p. 31
[213] PULIDO, Carlos Bernal, Op. cit., p. 19
[214] GONZALEZ, Santiago Sanchez. **De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional**. Universidad Nacional Autônoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponível em < http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/12/est/est11.pdf> Acesso em 07.12.2011.
[215] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Voto-vista do Ministro Eros Grau. Disponível em <www.stf.jus.br/notícias> Acesso em 01/12/2011.

conflito, sendo que tal hierarquia é válida para a solução de um caso específico ou uma classe de casos.

Santiago Sanches Gonzalez[216], por sua vez, leciona que a ponderação entre princípios deita raízes históricas no constitucionalismo norte-americano, por meio do justice Harlan Fiske Stone, o qual teria afirmado que “o direito não é um fim em si mesmo, e sim instrumento para a proteção e controle adequado dos interesses sociais e econômicos”.

Para esse autor, a ponderação de princípios baseia-se no realismo jurídico, em contraposição à jurisprudência de conceitos, doutrina pela qual as normas contêm significado certo e invariável, bastando um exercício silogístico para sua aplicação.

O ex-ministro Eros Grau[217], crítico da utilização da ponderação na jurisdição constitucional, salienta que interpretação e ponderação ocorrem em planos distintos, não podendo ser confundidos. Segundo esse autor, a interpretação ocorre no momento de produção da norma jurídica, consistindo na formulação de juízos de legalidade e na atribuição de significados aos textos, visando a produção de normas gerais. Por outro lado, a ponderação entre princípios ocorre no momento de formulação da norma de decisão, mediante a elaboração de juízos de oportunidade e valor comparativo, ou seja, pela opção entre indiferentes jurídicos.

Em seguida, buscar-se-á apresentar, de maneira sintética, os principais pontos positivos e as críticas formuladas pela doutrina especializada à aplicação da ponderação de princípios no âmbito da jurisdição constitucional.

8.1 Os defensores da ponderação

Segundo os defensores da ponderação de princípios, em elaborado estudo realizado por Gonet Branco[218], sua utilização seria necessária no

---

[216] GONZALEZ, Santiago Sanchez. Op. cit., p. 335.
[217] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Voto-vista do Ministro Eros Grau. Disponível em <www.stf.jus.br/notícias> Acesso em 01/12/2011.
[218] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 109-120

contexto do neoconstitucionalismo, tendo em vista a existência de bens e valores não submetidos à hierarquização absoluta.

A ponderação de princípios, por permitir a flexibilização das normas constitucionais, contribuiria com a longevidade do sistema normativo.

Tal técnica seria compatível com o sistema democrático, permitindo a reconciliação deste com o Direito, de forma a otimizar ambos.

Possibilitaria, por meio do uso de técnica racional, solucionar conflitos em uma sociedade complexa e pluralista, sendo imprescindível para resolver os denominados “casos difíceis”.

Constituiria a ponderação um novo grau de aferição de legitimidade das ações públicas, através do consenso informado e discutido.

Com relação à sua aplicação pelo Poder Judiciário, apresenta como vantagem seu valor metodológico, por conter procedimentos e limites de atuação claros, sujeitando os juízes a um processo decisório racional e público, permitindo a busca de valores comuns, a redução da influência das convicções pessoais e possibilitando, enfim, alcançar soluções mais justas e condizentes com as particularidades do caso concreto.

Por fim, salienta-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria infenso à ponderação, de forma a resguardar essa esfera intangível dos direitos.

8.2 Críticas à ponderação

As críticas ao juízo de ponderação relacionam-se tanto à sua utilização como técnica de decisão no conflito entre princípios, quanto, de maneira mais pragmática, às peculiaridades da fórmula de ponderação, na concepção elaborada por Robert Alexy.

Segundo Bockenforde[219], *apud* Gonet Branco, a ponderação de valores permitiria legitimar pela interpretação constitucional qualquer limitação aos direitos fundamentais, os quais perderiam sua força deontológica, equiparando-

---

[219] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 68-71.

se a meros interesses. Assim, a ponderação de valores seria uma fórmula velada de decisionismo judicial, resultando na diluição da vinculatividade dos direitos fundamentais, na socialização da liberdade e redução da autonomia individual, aspectos de um verdadeiro "totalitarismo constitucional".

Habermas[220], *apud* Gonet Branco, também critica o método, rejeitando a assimilação de normas a valores. Segundo esse autor, as normas (princípios normativos) têm um sentido deontológico, uma pretensão de validade binária. Os valores, por sua vez, apresentam sentido teleológico, permitindo a formação de relações de preferência, com assentimento maior ou menor. Assevera a falta de legitimidade do método em decorrência da falta de racionalidade do processo de ponderação de valores, bem como alerta para a perda de efetividade dos direitos fundamentais.

Schlink[221], *apud* Gonet Branco, critica a exposição dos direitos fundamentais a interpretações descontroladas e sujeitas ao subjetivismo do julgador, bem como o excesso de competência atribuída à Corte Constitucional, excluindo "do exame do juiz constitucional a ponderação entre bens individuais e coletivos, entre liberdade do indivíduo e finalidades do Estado".

John Hart Ely[222], *apud* Gonet Branco, por sua vez, ressalta que o juiz constitucional não deve resolver questões morais nem realizar ponderações valorativas em matéria de direito substantivo, sendo a densificação de direitos tarefa exclusiva do legislador. Nesse sentido, reserva à jurisdição constitucional o papel de controle da efetiva participação dos interessados no processo político e de reforçar a representação popular.

Gonet Branco[223] identifica na doutrina americana que a ponderação passou a ser vista como instrumento pró-governo, tendo em vista que a ponderação de princípios permite a flexibilização dos direitos fundamentais,

---

[220] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 73-74.
[221] *Ibidem*, p. 77-79.
[222] *Ibidem*, p. 85-86
[223] *Ibidem*, p. 92-96

enquanto o raciocínio por categorias propende a fortalecer os direitos protegidos pela norma.

Aleinikoff e Henkin[224], *apud* Gonet Branco, sintetizam as principais críticas ao método, a saber: ausência de critério objetivo para a ponderação de valores; falta de escala de valores externa ao subjetivismo do juiz; aplicação do juízo de ponderação sem exposição, na fundamentação dos julgados, dos pesos utilizados e critérios de escolha; carência de destreza técnica nos tribunais para realizar a ponderação; exposição dos juízes a pressões externas, ferindo sua independência; enfraquecimento da força normativa dos direitos fundamentais e a ilegitimidade dos juízes para sopesar os direitos fundamentais.

Entre nós, o ex-ministro Eros Grau[225], em seu voto na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101, manifestou sua discordância quanto à aplicação do juízo de ponderação na jurisdição constitucional, em excerto que se transcreve:

> Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, contudo, inexiste, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vôo cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas.

Prossegue afirmando o risco da tirania dos valores, nestes termos:

> A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se perceba que os juristas --- em especial os juízes --- quando operam a ponderação entre princípios fazem-no, repito,

[224] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 98-103.
[225] GRAU, Eros. Op. cit. , p. ?

> para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade.

8.2.1 Críticas à fórmula da ponderação

Preliminarmente, insta salientar que ponderação de valores, conforme formulação elaborada por Robert Alexy, constitui a terceira etapa do princípio da proporcionalidade, compreendida pela lei da ponderação, a fórmula do peso e a carga argumentativa.

A aplicação da lei da ponderação é feita em três fases, sendo que na primeira objetiva-se aferir o grau de interferência, em concreto, da medida analisada sobre os princípios envolvidos; na segunda fase, atribui-se o peso em abstrato aos princípios em colisão e, por fim, verifica-se o grau de segurança das apreciações empíricas analisadas. Nesse ponto, Alexy[226] enuncia a segunda lei da ponderação, a dizer que "quanto mais intensa for uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção".

Carlos Bernal Pulido[227] tece severas críticas à ponderação de princípios, especialmente quanto aos elementos da "lei da ponderação".

Nesse sentido, Pulido[228] afirma a inexistência de critérios objetivos para a determinação dos pesos dentro da escala de três intensidades apresentada por Alexy, bem como a incerteza das premissas fáticas, analíticas e normativas usadas para fundamentar a graduação dos valores envolvidos. Salienta que essa incerteza é maior nos casos que envolvem a autonomia pessoal ou coletiva e os direitos fundamentais, exigindo do operador jurídico, para superá-la, a assunção de uma postura ideológica.

No tocante à atribuição de peso em abstrato para os princípios em cotejo, salienta esse autor a sujeição da técnica proposta por Alexy à subjetividade do intérprete e a influência da postura ideológica do aplicador

---

226 ALEXY, Robert. Op. cit. , p. 55
227 PULIDO, Carlos Bernal, Op. cit., p. 22-25
228 *Ibidem*, p. 22-25

quanto aos conceitos de Constituição, Estado e Justiça. Salienta, ademais, a perda de importância da análise dos pesos, em abstrato, quando os princípios em conflito são de mesma índole.

Com relação à segurança das premissas empíricas, ressalta Bernal Pulido[229] a existência de diversas variáveis, tais como eficácia, rapidez, probabilidade, alcance, duração da intervenção, etc, o que dificulta a atribuição de pesos, principalmente quando há combinação desses elementos. Assevera, ainda, que a análise é dificultada em função dos limitados conhecimentos empíricos do aplicador.

CONCLUSÕES

O estudo empreendido permite concluir que alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios como reforço de fundamentação de seus votos;

Embora os subprincípios da adequação, necessidade e ponderação tenham sido expressamente mencionados em alguns votos, não há explicitação dos pesos que foram atribuídos a cada elemento da fórmula da ponderação, tampouco justificativas a respeito, circunstância essa coincidente com as críticas doutrinárias estudadas;

A gama de princípios fundamentais envolvidos, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, o direito à livre expressão da atividade científica, o direito à saúde, entre outros, torna a aplicação da fórmula da ponderação complexa, conforme alertado no estudo bibliográfico empreendido;

As circunstâncias jurídicas analisadas na ADI nº 3510/DF constituem um típico exemplo de conflito entre princípios fundamentais, tendo sido utilizada a ponderação de princípios como técnica de decisão por vários Ministros, a par das críticas doutrinárias.

---

[229] PULIDO, Carlos Bernal, Op. cit., p. 22-25

Ao possibilitar a participação dos amici curiae, promover audiência pública para debates sobre o tema e utilizarem-se dos argumentos colhidos em seus votos, os Ministros aumentaram a legitimidade democrática da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Espanõla de Derecho Constitucional.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid, n. 66, p. 13-64, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, 334 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/07/2011.

________ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.401/2003. Exposição de motivos nº 579/2003. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em 01/12/2011.

________ Lei nº 11.105/2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal (...) e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 01/12/2011.

________ Presidência da República. Mensagem nº 436/2005, prestadas ao STF pela Presidência da República, mediante parecer da lavra do Advogado da União Rafaelo Abritta. <Disponível em www.stf.jus.br> Acesso em 01.12.2011.

________ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Voto-vista do Ministro Eros Grau. Disponível em <www.stf.jus.br/notícias> Acesso em 01/12/2011.

________ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Autos eletrônico. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 01/12/2011.

GONZALEZ, Santiago Sanchez. **De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional**. Universidad Nacional Autônoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponível em < http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/12/est/est11.pdf> Acesso em 07.12.2011.

PULIDO, Carlos Bernal. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales**. Universidad Nacional Autônoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em < http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf> Acesso em 07.12.2011.

CAPÍTULO 5

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

Priscila Cunha do Nascimento[230]
10.11117/9788565604079.05

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. Primeiramente, apresenta-se sucintamente o panorama do controle de constitucionalidade no *civil law* e no *common law* e as suas implicações com os princípios da separação dos poderes e democrático. Em seguida, apresentou-se as correntes substancialista e procedimentalista sobre legitimidade das decisões judiciais. Na última parte, aprofundou-se o estudo da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade com fundamento na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade – judicial review – separação de poderes - democracia – teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

Introdução

O poder conferido ao Poder Judiciário para, no julgamento de uma ação específica, recusar a aplicação de uma lei ou qualquer outro ato governamental com fundamento na lei por serem contrários à Constituição denomina-se controle de constitucionalidade ou, na doutrina americana, *judicial review*.

O caso Marbury v. Madison (1803)[231] é considerado *leading case* sobre a afirmação do Poder Judicial perante os demais poderes, por ter sido nesta

---

[230] Mestranda do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

231 Para melhor compreensão da importância da decisão imprescindível tecer breves

decisão que o *Chief of Justice* Marshall consolidou nas mãos dos juízes o poder de revisão judicial através da declaração de inconstitucionalidade. Neste julgado, em que pese a Corte não ter firmado a sua supremacia perante os demais poderes, não adentrando na discricionariedade do Executivo ou seus agentes, deixou de dar seguimento ao *mandamus* por entender que a lei no qual se fundava o pedido do autor – *Judiciary Act of* 1789 – era inconstitucional[232], apesar de inexistir na Carta de 1787 qualquer determinação expressa nesse sentido, por ser o controle de constitucionalidade inerente ao exercício da jurisdição.

Anos mais tarde, Hans Kelsen propôs uma estrutura escalonada da ordem jurídica colocando a Constituição como o escalão de direito positivo mais elevado do ordenamento jurídico de um Estado[233]:

---

comentários a respeito do seu contexto histórico. Em 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams na eleição presidencial. John Adams, antes de deixar o governo, adotou as medidas necessárias para que o posicionamento jurídico federalista permanecesse, razão pela qual nomeou vários juízes para exercer diversos cargos relevantes, dentre os quais se encontrava William Marbury nomeado como Juiz de Paz. Ocorre que o mesmo não foi empossado antes da mudança de governo, tendo sido negada o seu diploma de nomeação ao cargo pelo novo Secretário de Estado James Madison. Diante desta situação Marbury ingressou com um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-Americana exigindo a entrega do diploma.

[232] Marbury v. Madison, opinião da Corte Americana: *"(...) It is scarcely necessary for the Court to disclaim all pretensions to such a jurisdiction. An extravagance so absurd and excessive could not have been entertained for a moment. The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court.(...)The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the Supreme Court to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. The Secretary of State, being a person, holding an office under the authority of the United States, is precisely within the letter of the description, and if this Court is not authorized to issue a writ of mandamus to such an officer, it must be because the law is unconstitutional, and therefore absolutely incapable of conferring the authority and assigning the duties which its words purport to confer and assign. (...) Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument."*

[233] A Constituição não se identifica com a norma hipotética fundamental. Esta é pressuposta e é considerada como fundamento de validade último de um ordenamento jurídico. "se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma" (KELSEN, 2011, p. 224).

> Da constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como "Constituição" que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha serve para estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual (KELSEN, 2011, p. 249).

O controle de constitucionalidade, segundo o modelo proposto por Kelsen (2007, p. 208), deveria garantir a subordinação e a conformidade das leis à Constituição a ser aferida por um Tribunal Constitucional.

A Constituição austríaca de 1920, inspirada na teoria de Kelsen, estabelece um Tribunal Constitucional com competência para averiguar, em tese, a compatibilidade de lei ou ato normativo com as normas constitucionais. É o denominado modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 adotou em parte o modelo americano e em parte o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, na medida em que consagra o controle difuso e um controle abstrato das normas em face da Constituição.

Independentemente de sua origem e de seus contornos o fato é que o exercício desta conformidade das leis ou dos demais atos políticos com a Constituição pelo Poder Judiciário, enseja questionamento sobre a sua legitimidade principalmente por envolver decisões que deveriam ser tomadas pelos legítimos representantes do povo.

A ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional é por vezes identificada com o aspecto contra majoritário[234] das decisões judiciais.

[234] A regra da maioria desempenha um papel fundamental na distribuição dos recursos. A esse respeito Campilongo (2000, p. 23) defende: "A instauração do Estado do bem –estar e seu momento de crise atual lidam com um problema básico: a combinação, no mesmo momento

Em outras palavras, o Poder Judiciário não teria legitimidade para declarar a inconstitucionalidade das leis ou de adentrar a análise da constitucionalidade em questões políticas, em razão - dentre outros aspectos – deste Poder não ter suas decisões tomadas por meio de um processo democrático conduzido por representantes eleitos.

As decisões do parlamento são adotadas com base no "*majority principle and a free, public debate among equals"* (VALLINDER, 1994). Ao passo que as decisões do Poder Judiciário são, em regra, decisões adotadas por um juiz, com conhecimento legal, que obedecem a regras preexistentes e a precedentes adotados pela Corte[235] nos países que adotam o *common law*; e na Constituição e demais normas hierarquicamente superiores que compõem o ordenamento jurídico, nos países de *civil law*, como é o caso do Brasil.

Neste cenário, o presente artigo se propõe a analisar a legitimidade democrática da atuação das cortes constitucionais pautada na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin.

Inicialmente, serão apresentados os pontos controversos entre o controle de constitucionalidade ou *judicial review* e os princípios da separação dos poderes e princípio democrático, momento em que serão apresentadas as duas correntes - substancialista e procedimentalista - que explicam a legitimidade dos juízes e dos tribunais para interpretar a Constituição, e conseqüentemente analisam a sua legitimidade para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do governo que não encontrem respaldo nela.

---

histórico, entre direitos civis, políticos e sociais. O princípio da maioria tem um papel essencial na consolidação dessa equação. O direito transforma-se num sistema de distribuição de recursos escassos e, portanto, de tutela legal de um modelo de justiça social. Com efeito, decidir sobre a partilha desses bens raros é tarefa insofismavelmente política. A regra da maioria – "a maior felicidade para o maior número", diria Bentham em outra época, está no centro dessa discussão: de uma parte, é uma das ferramentas democráticas para a melhor distribuição desses recursos; de outra parte, é um dos instrumentos jurídicos de legitimação dos resultados da partilha. Impossível separar o sistema político do sistema jurídico na análise dessa questão".

[235] A esse respeito vide VALLINDER.

Em um segundo momento será apresentada a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin e a maneira como ela legitima democraticamente a atuação das Cortes.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE OU *JUDICIAL REVIEW* E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

A teoria do controle de constitucionalidade nos países que adotam o *civil law* tem amparo em uma lei fundamental comumente denominada de Constituição que disciplina, no mínimo, os aspectos essenciais do Estado, como as garantias dos direitos fundamentais e a organização do Estado. Ao passo que, no *common law* o controle de constitucionalidade leva em consideração as regras preexistentes e os precedentes adotados pela Corte.

A consagração do princípio da separação como um padrão basilar "subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão e separação de poderes que pressupõe que as funções de legislar, administrar e julgar sejam exercidas por diferentes pessoas" (CANOTILHO, 2002, p. 575) fez com que se questionasse a legitimidade do Poder Judiciário agregar uma instituição responsável por aferir a compatibilidade das normas e atos praticados pelo governo com a Constituição ou regras preexistentes e precedentes; e com competência para negar execução a estas normas e atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, legítimos representantes do povo.

A este questionamento, há que argumentar que o princípio da separação de poderes não se reveste sob o manto da imutabilidade de seu significado. De acordo com Canotilho,

> A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Com tal, não há que se perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intertemporal (CANOTILHO, 2002, p. 552).

O que se pretende afirmar é que é necessário que o referido princípio seja compreendido sob a ótica do ordenamento constitucional que o alberga, não sendo possível resgatar a sua compreensão do momento histórico em que foi concebido por Montesquieu e Locke. O Estado atual, diante de situações concretas, precisou remodelar a repartição de Poderes, de maneira que não se observa a rigidez de outrora. "Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação" (BONAVIDES, 2010, p. 157).

Nos dias atuais, em que pese a ausência de rigidez na separação das funções fundamentais – funções políticas, funções legislativas, funções administrativas e funções jurisdicionais, permanece a necessidade de que estas funções sejam divididas e atribuídas a órgãos distintos. Isso não significa exclusividade no desempenho da função, mas apenas que determinado órgão deve exercer com prevalência determinada função. É o que Canotilho denomina de "esquema organizatório funcionalmente adequado" (2002, p. 554) que significa, em síntese, que "o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idóneos e adequados para o exercício de funções que, a título especifico ou primário, lhes são atribuídas" (CANOTILHO 2002, p. 554). De onde decorre que "os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos" (2002, p. 555), por constituírem o "núcleo essencial[236]" do princípio da separação dos poderes.

O núcleo ou conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes, em observância a preservação da proibição do "monismo de poder" consiste naquela parcela de atribuição - função - destinada a um determinado Poder que caso lhe seja retirada implica no esvaziamento material de suas funções (CANOTILHO, 2002, p. 555). Nesse contexto, o conteúdo essencial da

[236] Prefere-se, na presente dissertação, valer-se do termo "conteúdo essencial": é que o núcleo já se traduz como essencial, configurando a expressão "núcleo essencial" um pleonasmo de reforço desnecessário.

separação de poderes se apresenta como um limite à atuação judicial, porque somente poderia se imiscuir até o momento em que não esvaziasse a competência dos demais poderes, mas não como um argumento a retirar a legitimidade do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos praticados pelos demais Poderes.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE OU *JUDICIAL REVIEW* E DEMOCRACIA.

A inter-relação entre democracia e controle jurisdicional tem envolvido os teóricos nos últimos anos. Conrado Hübner Mendes (2008, p. 2-33), ao tratar de democracia e constitucionalismo, esclarece:

> O liberalismo possui, como técnica de proteção das liberdades fundamentais, um texto normativo com pelo menos dois requisitos: a separação de poderes e uma lista de direitos individuais que conformar a cidadania. Essa norma recebe o nome de Constituição.
> Combinado com o sufrágio universal e algum método de representação, esse regime político costuma ser chamado de democracia constitucional.
> Os representantes escolhidos por voto universal fabricam, no interior da instituição liberal por excelência, o Parlamento, a decisão política sobranceira num Estado de Direito: a lei. Obedecem, no exercício desta função ao princípio procedimental da maioria. Essa norma (a lei) tem a função de, logo abaixo da Constituição, disciplinar os espaços e condições nos quais a autoridade estatal e liberdade individual se tocam.

O problema surge quando essa norma - a lei - produzida em observância à regra majoritária conflita com a Constituição e o Poder Judiciário, na qualidade de órgão detentor da ultima palavra no ordenamento jurídico, é chamado a exercer o seu controle jurisdicional. Neste caso, haveria desrespeito ao principio democrático?

O problema é que a democracia não se circunscreve à regra da maioria ou ao princípio da maioria ou ao principio majoritário[237], embora traga tal

[237] Acerca das diferentes nomenclaturas conferidas ver CAMPILONGO, 2000, p. 31 – 32.

conceito integre a sua definição mínima. A compreensão de democracia e da regra da maioria é, portanto, indispensável para o adequado estudo do tema.

Sobre o conceito de democracia Schumpeter (1961) afirma que:

> A filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressa da seguinte maneira: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade.

O autor critica a definição utilitarista de democracia, dentre outros fatores, pela impossibilidade de se alcançar um consenso sobre o que seria a vontade geral do povo e formula um novo conceito afirmando que: “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, 1961). Retira, portanto, do conceito de democracia a vontade geral ou o bem comum do povo, termos de difícil delimitação para afirmar que a legitimidade decorria do voto – ressaltando o aspecto meramente procedimental de democracia.

Segundo Dworkin (2005, p. 80) “*democracia significa (se é que significa alguma coisa) que a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo , não por juizes não eleitos*”.

Não haveria grande relevância para o conceito de democracia dividi-la em aspectos meramente processuais ou aspectos materiais ou de substancia, posto que, de acordo com Dworkin, “o ideal abstrato de democracia, em si mesmo, não oferece nenhuma sustentação maior para a doutrina jurídica da revisão judicial baseada no processo que para uma baseada em resultados.” (2005, p. 82). Em outras palavras o que se está a afirmar é que no processo de controle de constitucionalidade será indispensável adentrar nos aspectos de substancia se se pretender decidir “quais processos constituem a melhor concepção de democracia”.

Celso Fernandes Campilongo conceitua a regra da maioria como

> uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma pratica social de legitimação, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à continua revisão e mantem a sociedade unida (2000, p. 38).

Campilongo denomina de "técnica rápida de tomada de decisões" considerando que o número dos que decidem é inferior ao grupo a que se destina a decisão, sendo a regra da maioria a única maneira de reduzir os custos da decisão. A liberdade individual deve ser compreendida como a liberdade de autonomia ou autodeterminação do individuo, assim à máxima liberdade individual corresponde à "maximização da concordância entre a vontade individual e a vontade do Estado" (2000, p. 39). A "ampla e igual participação dos cidadãos, aproximando governantes e governados" é verificada à medida que no processo de decisão "a cada cidadão deve ser garantida igual possibilidade de exprimir uma escolha que será considerada de peso igual ao da escolha expressa por qualquer outro cidadão" (2000, p. 40). Por fim, define como "uma pratica social de legitimidade finita e constantemente revista" a considerar que "a regra da maioria aplica-se a um conjunto finito de pessoas, num espaço territorial determinado e dentro de certos limites temporais" (2000, p. 42), legitimando-se a partir da articulação entre o contexto social e os critérios utilizados para sua periódica revisão.

> Em outras palavras: a eficácia da regra da maioria depende da relação dinâmica e informal das praticas sociais a respeito do processo de tomada e implementação das decisões; a validade da regra reside na possibilidade de sua aplicação formal, a legitimidade repousa nos valores da liberdade e igualdade (CAMPILONGO, 2000, p. 42).

A regra da maioria, segundo Campilongo (2000, p. 54) apresenta limitações, isto é, "desde que conjugadas a regra e seus limites são necessários e indispensáveis à democracia. Porém, incontáveis situações contemporâneas apontam para outras formas, mais legítimas e eficazes, de agregação de interesses" Por certo, "democracia não significa apenas um conjunto de regras e procedimentos" (CAMPILONGO, 2000, p. 105), posto ser esta apenas uma característica da sua definição mínima, conforme se disse no início; no Estado Pós Moderno e globalizado de hoje é preciso que sejam

combinados outros critérios de formação da vontade. Mesmo porque o principio da legalidade, "produto democrático da vontade da maioria" (CAMPILONGO, 2000, p. 112), não subsiste isoladamente no momento atual em que prevalece a juridicidade perdendo sua capacidade de responder adequadamente à soberania popular. "A democracia exige a vigilância constante de suas formas e princípios" (CAMPILONGO, 2000, p. 123). Por certo,

> O maior número tem sempre essa característica: suplantar a autoridade, abater a tirania. Mas também representa, de outra parte, ele mesmo a autoridade e a opressão à minoria. Por isso, compatibilizar a regra da maioria com os princípios da democracia significa ver nela apenas um dos elementos para a busca do consenso. O passo preliminar para a democracia mais ampla (CAMPILONGO, 2000, p.124.).

Democracia e regra da maioria, adotando-se o posicionamento de Campilongo, são conceitos que apesar de se inter relacionarem, não são idênticos donde se conclui que a não observância da regra da maioria, que representa a democracia apenas no seu prisma procedimental, não implica necessariamente em inobservância do princípio democrático.

Superada a não identidade da democracia com a regra da maioria, a questão que remanesce diz com a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Segundo Oscar Vilhena Vieira (1994, p. 72),

> A Constituição de 1988 estabeleceu um seu artigo 1º que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. A conciliação dessas distintas concepções políticas não se dá sem ambiguidade, principalmente se tornamos a democracia em seu significado meramente procedimental, enquanto governo da maioria, e o estado de direito em seu sentido substantivo enquanto governo das leis, não apenas no sentido de leis positivas mas de leis justas

Essa tensão entre democracia, constituição e controle jurisdicional é tema que tem despertado inúmeros estudos e consequentemente se tem formulado inúmeras teorias que podem ser divididas, em síntese, em teorias procedimentais, que dão ênfase a representativa do povo soberano e em teorias substantivas, pautada nos valores insertos na Constituição.

A corrente procedimentalista é pautada pela concepção de democracia procedimental, que "se funda na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos" (KOZICKI e BARBOZA, 2008, p. 153). Privilegia a regra da maioria, identificando a democracia como a observância dos aspectos formais, sem se preocupar com os resultados obtidos.

No procedimentalismo a Corte Constitucional não coloca restrições substantivas aos resultados alcançados pelas determinações legislativas, a não ser os direitos que são necessários à preservação dos próprios procedimentos legislativos (FREEMAN, 1994). Não competiria à Corte em suas decisões substituir a vontade dos representantes eleitos tendo em vista os juízes não serem eleitos e não haver um controle de legitimidade a *posteriori* de suas decisões.

John Hart Ely, conhecido defensor da vertente procedimentalista do controle judicial, em sua obra Democracia e Desconfiança, afirma que "numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto" (2010, p. 137). Essa seria uma primeira distinção entre um corpo de representantes eleitos e um corpo de juízes não eleitos, que apenas "indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo" (2010, p. 137). Para o renomado autor seria tarefa própria da Constituição ou do direito constitucional a preservação dos valores fundamentais da sociedade (2010, p. 117), e consequentemente não caberia ao juiz constitucional tentar "descobrir" esses valores, uma vez que compete ao povo impor seus próprios valores. A partir dessas premissas desenvolve uma teoria pautada "por um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos" (2010, p. 133). O controle jurisdicional e,portanto, o juiz somente poderia "tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas" (2010, p. 243).

Outros expoentes jurídicos cuidaram de desenvolver teses procedimentalistas, tendo como um ponto em comum a necessidade de prevalência da regra da maioria tomada pelos representantes do povo ou pelo próprio povo, que é o detentor do poder. Nesse sentido,

> Da perspectiva de um sistema mais democrático que constitucional, as limitações das decisões majoritárias só se justificam se voltadas a assegurar a continuidade do próprio sistema democrático. Os únicos limites que se admitem as decisões dos representantes do povo são aquelas destinadas a assegurar a perpetuação da participação de todos, e em igualdade de condições, no processo de decisão democrático (VIEIRA, 1994, p. 73).

De somenos importância o aprofundamento desta vertente, mormente se se considerar que no tópico anterior defendeu-se que a democracia no Estado vigente não deve ser compreendida apenas no seu aspecto formal.

A corrente substancialista se preocupa com os resultados, com a observância dos valores da sociedade estabelecidos na Constituição e com o respeito aos direitos fundamentais e das minorias. Dá prevalência à “chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias” (MENDES, 2008, p. 4). Bonavides ao tratar da legitimidade da jurisdição constitucional leciona (2004, p. 127):

> Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguante com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade

A democracia, conforme já afirmado, estaria pautada não apenas no seu aspecto formal materializado na regra da maioria, mas principalmente nos valores albergados pela Constituição:

> O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. (...) Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances* (STRECK, 2000, p. 40).

Em sentido semelhante BONAVIDES (2004) afirma que:

> O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável.

A corrente substancialista, portanto, confere legitimidade democrática às decisões do Poder Judiciário desde que encontrem fundamento nos princípios albergados pelo ordenamento jurídico de um Estado.

Feita a distinção entre as correntes procedimentalistas e substancialistas, resta analisar a teoria da decisão judicial formulada por Ronald Dworkin como legitimadora da atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, o que se dará no tópico a seguir.

4 A TEORIA DA DECISÃO judicial DE RONALD DWORKIN

A legitimidade do Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade substancial ou material das leis ou atos do governo de acordo com a teoria da decisão judicial de Dworkin propõe uma revisão das teorias clássicas de controle judicial do positivismo jurídico que ainda colocam o julgamento à sombra da legislação (2010, p. 128).

Segundo as teorias clássicas de decisão judicial o juiz deve apenas aplicar o direito "legitimamente" criado pelos demais órgãos sem questioná-los. Essa submissão "cega" à lei não é compatível com a realidade atual. A sociedade evolui e as normas não podem permanecer estáticas preservando o mesmo conceito que possuíam à época do legislador constituinte – ou como dizem os americanos, dos pais fundadores.

Dworkin desenvolve sua teoria partindo da compreensão de democracia como uma "escolha de valores políticos substantivos que deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes eleitos" (DWORKIN, 2005, p. 80), apresentando-a sob seu aspecto meramente processual. Entende ser de pequena importância a definição de democracia para a revisão judicial, tendo em vista que esta "deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas antes, em virtude da resposta correta a essas questões" (DWORKIN, 2005, p.81). E assim, conclui que "o ideal abstrato de democracia, em si mesmo, não oferece nenhuma sustentação maior para uma doutrina jurídica da revisão judicial baseada no processo que para uma baseada nos resultados" (DWORKIN, 2005, p. 82).

Visando contestar o posicionamento de Ely, distingue duas estratégias gerais para decidir quais processos - procedimental ou substancial – constituem a melhor concepção de democracia, quais seja, argumentos – insumos e argumentos-resultado. O primeiro relaciona-se a teorias sobre "alocação adequada do poder político, entre as pessoas e os oficias que elas elegem e entre as próprias pessoas, e não fazem referencia à justiça ou sabedoria da legislação" (2005, p. 84). Os argumentos-resultado baseiam-se em previsões e julgamentos relacionados à justiça e a sabedoria da legislação.

Ao contrapor a revisão judicial com a Democracia Dworkin contesta a tese defendida por Ely no sentido de que:

> Os tribunais estão bastante habilitados para fazer julgamentos sobre o processo justo, mas muito mal habilitados para fazer

> julgamentos políticos substantivos, e que julgamentos feitos em tribunal sobre processo são compatíveis com a democracia, ao passo que julgamentos feitos em tribunal sobre substancia não o são. (DWORKIN, 2005, p. 84).

Isso porque para Dworkin mesmo os denominados argumentos -insumos trazem em si uma concepção igualitária de democracia, tendo em vista que a democracia consiste “em oferecer ao povo como um todo tanto poder político quanto seja compatível com a igualdade de tal poder” (2005, p. 89). E conclui que: “se o valor das oportunidades políticas que um sistema oferece é igual, dependerá de ser provável ou não que a legislação, no fim do processo, trate todos como iguais” (2005, p. 92) e para que se verifique se a legislação está tratando todas as pessoas igualmente “os juízes encarregados de identificar e proteger a melhor concepção de democracia não podem evitar tomar exatamente os tipos de decisões de moralidade política que Ely insiste em que eles evitem: decisões sobre direitos substantivos individuais” (2005, p. 92).

Nessa senda, é possível afirmar que a teoria desenvolvida por Dwokin se insere nas premissas da democracia substantiva. No entanto, para o desenvolvimento de sua tese Dworkin afasta as questões relacionadas a “processo”, “democracia” ou “representação” por entender que não trazem nenhuma solução para as decisões judiciais nos casos difíceis, tendo em vista que o juiz não é legislador e não pode adotar decisões pautadas em argumentos de política:

> As decisões sobre política devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não são submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência (2010a, p. 133).

As decisões judiciais que são firmadas com fundamento em lei que discipline o caso concreto são sempre justificadas por argumentos de princípio.

Por outro lado, "se um caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas" (2010a, p. 131). No entanto, não deve ser assim. Mesmo nos casos difíceis[238], em que pese o juiz ter o dever de se pronunciar, a sua decisão não deve encontrar amparo na teoria apresentada pelo positivismo jurídico em que, quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida previamente por alguma instituição, o juiz teria o poder discricionário para decidir, tornando-se verdadeiro legislador.

A atuação dos juízes para ser legitima segundo Dworkin deveria levar em consideração argumentos de principio e não argumentos de política. Fundamenta sua teoria na distinção entre política e princípios que deve haver no processo político:

> Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado , em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).Denomino "principio" um padrão que deve ser observado , não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (2010a, p. 36).

O princípio não se legitima no principio democrático ou majoritarismo como ocorre na política. Ao contrário, busca sua legitimidade em certos princípios de moralidade política.

Distingue, por conseguinte, os argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais de argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público (2005, p. 6). E prossegue:

---

238 "Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua analise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado" (DWORKIN, 2010b, p. 306).

> Os argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de principio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um individuo ou de um grupo (2010a, p. 129).

Para que a atuação dos juízes e tribunais seja legitima a decisão apropriada deve ser sempre gerada por argumentos de princípios e não por argumentos de política. E afirma:

> Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de principio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral-, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do principio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais (DWORKIN, 2005, p. 101).

A moralidade política na revisão judicial defendida por Dworkin consiste em que “as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político” (2005, p. 102). A decisão pautada em princípio respeita o que Dworkin (2010b, p. 201) denomina de direito como integridade:

> O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos novos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

Diferentemente do Legislativo que não precisa de razões de princípios para tomar suas decisões, mas ao contrário, pode justificar suas decisões em argumentos de política, demonstrando, por exemplo, “de que modo estes vão contribuir, como boa política, para o bem-estar do conjunto da comunidade” (2010b, p. 292); o Judiciário, por estar inserido em uma comunidade de princípios, não possui a liberdade dos legisladores, ao contrário:

> Os juízes devem tomar suas decisões sobre o *"common law"* com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais "novos" que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado (DWORKIN, 2010b, p. 292).

O juiz, portanto não cria o direito, não age como legislador, "deve descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar direitos retroativamente" (2010, p. 127), a sua atuação deve estar pautada nos princípios. Por conseguinte, "os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade" (2010b, p. 305).

Para Dworkin, os juízes, na condição de autoridade política, estão sujeitos a teoria da responsabilidade política que, significa, de uma maneira ampla, que "devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar" (2010a, p. 137). No caso dos princípios essa doutrina se materializaria pela "aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benéfico em questão" (2010 a, p. 138). E conclui que:

> As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos o sentido mais amplo que remete a doutrina da responsabilidade política. Se a tese dos direitos for válida, a distinção que acabamos de fazer explicaria, pelo menos de uma maneira bastante geral, o interesse especial que os juízes demonstram, ao mesmo tempo, pelos precedentes e pelos exemplos hipotéticos. Um argumento de principio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o principio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas (2010a, p. 139).

No que se refere ao argumento democrático segundo o qual os legisladores eleitos têm qualificações superiores para tomar decisões políticas, Dworkin (2010a, p. 192) esclarece que um juízo independente de moralidade

política deve ser concebido “nos interstícios oferecidos pela textura aberta das regras”:

> Hercules não encontra, primeiro os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente e que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos tem as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou a opinião publica. (...) quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são captadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar (DWORKIN, 2010 a, p. 196).

E conclui que:

> Os indivíduos tem um direito a aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hercules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja. (...) sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele, deve por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em algum nível (DWORKIN, 2010 a, p. 197-198).

A teoria da decisão judicial de Dworkin desenvolve um importante argumento a favor da legitimidade da atuação das Cortes ao distinguir os argumentos de principio de argumentos de política pretende distinguir o que seria papel dos representantes eleitos do povo do papel do Poder Judiciário. A partir do momento em que se concilia o papel de cada um dos poderes não sobrevive o questionamento da legitimidade das Cortes Constitucionais.

Segundo a teoria da decisão judicial de Dworkin, se os juízes utilizarem argumentos de princípio pautados na moral política a sua atividade encontra-se democraticamente legitimada, restando assegurada o conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes de que se falou outrora.

CONCLUSÃO

Controle é o poder de fiscalização e correção que um Poder (Judiciário, Legislativo ou Executivo), exerce sobre si ou sobre os órgãos dos demais Poderes com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com as regras e princípios que lhe são impostos por um ordenamento jurídico.

O controle jurisdicional é, destarte, aquele exercido pelo Poder Judiciário, através do qual são solucionadas as questões jurídicas postas à sua averiguação, em respeito ao princípio da inafastabilidade da apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito por parte de tal poder. O Poder Judiciário, responsável por zelar pelo ordenamento jurídico e pelo Estado democrático de direito, possui o dever precípuo de examinar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos dos cidadãos quando provocado.

Esse poder conferido ao Judiciário, atrelado à gama de princípios e ao reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais provoca um aumento da litigiosidade nos Tribunais, conduzindo a uma maior participação do Poder Judiciário em questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público e por consequência fomentado a legitimidade democrática da atuação daquele Poder.

A separação dos poderes há de ser compreendida em consonância com o ordenamento jurídico que a alberga. Se é certo que as funções exercidas pelos Poderes não são exclusivas, não se olvida que cada órgão executa uma função com prevalência. E nesta função que prevalece há um núcleo que deve ser preservado sob pena de ingerência indevida entre os poderes. Caso contrário, haveria um esvaziamento material das funções dos demais Poderes. Este núcleo essencial deve ser respeitado a fim de legitimar a atuação dos Poderes. O Poder Judiciário, ao seu passo, para ter legitimidade deve exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público respeitando o núcleo essencial dos demais Poderes.

As teorias relacionadas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade ou *judicial review* podem ser dividas duas correntes: a dos processualistas e a dos substancialistas.

Os processualistas defendem que a atuação da Corte deve ser limitada à averiguação dos aspectos relacionados ao cumprimento do processo democrático, isto é, à regra da maioria. Ao passo que os substancialistas defendem a necessidade de que para atender ao princípio democrático seria necessário que a Corte analisasse a observância ao princípio democrático, não apenas no seu aspecto formal, mas, principalmente, aos princípios e valores consagrados no ordenamento jurídico.

Nesse estudo optou-se por aprofundar os argumentos utilizados por Ronald Dworkin para conferir legitimidade à atuação da Corte. Dworkin distingue a democracia em "argumentos-insumo" e "argumentos-resultado", sendo o primeiro relacionado aos aspectos procedimentais e o segundo aos aspectos materiais. Defende que o juiz não poderia se valer apenas de argumentos-insumo para verificar o cumprimento do principio democrático, sendo necessária à verificação dos argumentos-resultado, razão pela qual é correto enquadrar a sua teoria na corrente substancialista.

Surge então o problema de como legitimar a atuação da Corte valendo-se do princípio democrático na sua vertente material. Dworkin desenvolve sua teoria afirmando que o processo político seria conduzido por argumentos de política e por argumentos de princípio, ao passo que, os juízes ao decidirem os casos que lhe são submetidos poderiam se valer destes argumentos de princípios pautados na moralidade política, uma vez que os argumentos de política se encontram afetos aos Poderes cujos representantes são eleitos pelo povo, que exercem suas decisões pautadas na regra da maioria.

Há, portanto, uma clara distinção entre os limites da atuação judicial em relação aos outros Poderes, de maneira a conformar a atuação do Poder Judiciário com a legitimidade democrática.

A teoria de Dworkin não retira dos juízes o poder para declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelos representares do povo ou de

decidir sobre atos dos demais Poderes pautados nas mais diversas questões políticas, mas o permite dentro de certos parâmetros em que a resposta deve ser buscada e, argumentos de principio e na moralidade política e não criada ou inventada, sob pena de invadir seara que não lhe é própria.

Assim, a teoria de Ronald Dwokin apresenta bons argumentos para legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade das leis ou atos praticados pelos demais Poderes e para garantir o respeito ao núcleo essencial do principio da separação dos poderes.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil).** ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext Acesso em 26 de setembro de 2011.

____________________. **Ciência Política.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** (Trad.) Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

______ . **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

______ . **O Império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte,2010b.

ELY, Jonh Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade.** Revista Lua Nova no.32 São Paulo Apr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102644519940001000010&script=sci_arttext#nt18 Acesso em 2 de outubro de 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____________. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. João. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

KOZICKI, Katya e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Seqüência**. N.º56. Santa Catarina, 2008, p. 151-176 jun.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, recurso digital

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. Disponível em: ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Form%20Socio%20Historica%20do%20Br%202/schumpeter-capitalismo,%20socialismo%20e%20democracia.pdf Acesso em 01 de outubro de 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VALLINDER, Tobjorne. **The Judicialization of Politics-A World-wide Phenomenon: Introduction.** International Political Science Review, 1994, Vol.15, No.2, 91 – 99

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO, p. 441-464. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2011.

CAPÍTULO 6

Controle de constitucionalidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário

Beatriz Veríssimo de Sena[239]
10.11117/9788565604079.06

RESUMO: Este artigo analisa a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário. Para a investigação do tema, partiu-se do conceito de ato político para, em seguida, passar-se ao exame dos argumentos a favor do controle de constitucionalidade dos atos políticos com base na neutralidade ínsita ao Poder Judiciário e na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade, atos políticos, Niklas Luhmann.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos. Considerando o conceito de ato político no Estado de Direito, analisa-se se seria possível ao Poder Judiciário revê-los a luz de um exame de constitucionalidade. O problema mostra-se relevante na medida em que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê o princípio da inafastabilidade de jurisdição, parece-nos necessário resguardar os espaços de conformação política em face do princípio da separação dos Poderes.

---

[239] Mestranda em Direito, área de concentração Constituição e Sociedade, no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em Brasília.

Para a investigação do tema, parte-se do conceito de ato político para, em seguida, analisar os argumentos a favor do controle de constitucionalidade dos atos políticos. Com base na neutralidade ínsita ao Poder Judiciário e na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, será analisado se o Poder Judiciário realmente possui ferramentas institucionais aptas a fazer a revisão do conteúdo político de atos dos demais poderes, ainda que a luz do texto constitucional.

2 CONCEITO DE ATO POLÍTICO

Para analisar a possibilidade de controle constitucional dos atos políticos, cumpre identificar, primeiramente, o que vem a ser um "ato político" e se o ato político diferencia-se do "ato administrativo".

Entendemos que o ato político não se confunde com ato administrativo, muito embora ambos tenham a mesma titularidade.

Com efeito, ao longo da história o conceito de ato administrativo distanciou-se do ato político *stricto sensu*, de modo a permitir a vinculação legal, motivação e controle do primeiro e o pleno exercício dos objetivos do Estado por parte do segundo.

O ato administrativo é, sempre, vinculado. Ele é praticado com a finalidade de garantir a organização e funcionamento do órgão. Deve ser imparcial, porquanto busca atingir os fins eleitos pela legislação, de acordo com o princípio da estrita legalidade administrativa, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Em outras palavras, o ato administrativo encontra-se vinculado à realização de objetivo previsto em lei. Ele deve, necessariamente, seguir os princípios do *caput* do artigo 37 da Carta Política de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por sua vez, o ato político está relacionado à consecução da atividade-fim do órgão ou poder prevista constitucionalmente. Por estar submetido exclusivamente à Constituição Federal, o ato político é o exercício de uma função soberana de ampla escolha dos fins a serem atingidos. Por isso, diz-se

que o ato político se ampara diretamente nos poderes e objetivos previstos na Constituição Federal. Ele reflete escolha de fins a serem atingidos pelo Estado.

Portanto, pode-se definir o ato político como um ato não normativo de orientação política superior do Estado, realizado com fulcro diretamente da Constituição Federal e com ampla possibilidade de conformação (SHAFER, 2006). São atos políticos, dentre outros, os atos que compõem o processo legislativo, a Criação de Comissão Parlamentar de Inquérito pelo Poder Legislativo, a escolha do Advogado Geral da União pelo Poder Executivo etc.

A possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos centra-se, fundamentalmente, no embate entre a efetividade das normas constitucionais, a inafastabilidade da jurisdição, a repartição de competências constitucionais entre os três poderes e o exercício da neutralidade por parte do órgão julgador estatal.

3 TEORIAS A FAVOR DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS POLÍTICOS

Parte substancial da doutrina defende a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e da necessidade de ampla efetividade dos direitos fundamentais, previstos em cláusulas pétreas da carta política. Sob esse enfoque, não haveria diferença substancial entre os atos administrativos e os atos políticos, na medida em que ambos estão, em ultima análise, sujeitos ao controle de constitucionalidade.

A favor do controle de constitucionalidade dos atos políticos, afirma-se que a clássica divisão dos poderes de Montesquieu estaria ultrapassada, pois não mais haveria uma repartição fixa das atribuições dos três poderes. Na verdade, cada poder teria uma função principal e funções secundárias que compartilhariam com os demais poderes. Cabe essencialmente a cada poder, no exercício das funções que também cabem aos demais, exercer o controle sobre os outros. Assim, uma vez que cabe ao Poder Judiciário dar a palavra final sobre a interpretação do texto constitucional, ele poderia vedar parcial ou

totalmente ato de natureza política praticado por outro poder dentro de sua prerrogativa legítima e constitucional de servir como peso e contrapeso dos Poderes Legislativo e Executivo.

> Vetar a apreciação jurisdicional dos atos políticos é romper com o equilíbrio no qual se nutre o princípio da tripartição funcional do Poder, porque a Constituição não atribuiu ao órgão executivo o condão de autojulgar-se; é estabelecer o predomínio do Poder Executivo sobre os demais Poderes, pois a discricionariedade imanente ao ato político, uma vez isenta de controle judicial, descambaria no arbítrio; é possibilitar violações de direitos individuais e coletivos através da onipotência descomedida do órgão executivo; é restringir o acesso á Justiça, excluindo da apreciação jurisdicional eventual lesão ou ameaça a direito. (SILVA FILHO, 2010, p. 19-20)

A favor da possibilidade de controle de constitucionalidade sobre os atos políticos também pesa a necessidade de dar eficácia a direitos fundamentais. Isso porque os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal teriam prevalência sobre questões de Estado, haja vista que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas da Constituição Federal, imutáveis e intangíveis (artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

De acordo com os defensores do controle de constitucionalidade dos atos políticos, uma vez que a primeira e mais importante função do Estado é garantir a dignidade da pessoa humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não poderia furtar-se a analisar ato político em sede de controle de constitucionalidade. Segundo Zavaski (2010, p. 294), "o controle judicial das políticas públicas tem fundamento na máxima ou *supereficácia* dos direitos fundamentais e deve-se fazer valer a partir do momento em que se vislumbra que a ineficácia do texto constitucional e inefetividade dos direitos fundamentais". No mesmo sentido, entende Oliveira Júnior (2010, p. 132-133):

> As políticas públicas infraconstitucionais [...] em nossa concepção, devem ocupar o referencial concretizador dos direitos fundamentais e humanos, sujeitas aos parâmetros de controle judicial fundamentado nos princípios da proteção eficiente, da cláusula impeditiva de retrocesso e do dever de maximização dos efeitos diante das possibilidades fáticas e preservando o núcleo essencial mínimo (mínimo existencial) de

> cada direito fundamental ou humano. [...] A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial.

Assim, admite-se o controle de constitucionalidade dos atos políticos se os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas de conteúdo programático.

Para os defensores do amplo controle de constitucionalidade sobre os atos políticos, mesmo a impossibilidade material de consecução de outros interesses fundamentais não justifica o silêncio do Poder Judiciário. Restrições no orçamento público não seriam, portanto, suficientes para afastar o controle judicial de natureza constitucional. Nesses casos, o controle judicial "atuará de modo a destacar qual o direito fundamental deve ser prestigiado com a consecução de uma política pública já prevista em orçamento em detrimento de outro que, diante do caso concreto, é vislumbrado como não sendo prioridade absoluta." (ZAVASKI, 2010, p. 284)

Não se deve, ainda, esquecer-se do princípio ao amplo acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Uma vez que o acesso ao Poder Judiciário é um direito fundamental, nenhuma lide poderia ficar fora do âmbito do Poder Judiciário, especialmente quando implicar em ofensa ao texto constitucional. "A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial." (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 133)

4 O problema da neutralidade do Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade dos atos políticos

O fato é que, embora possa o controle de constitucionalidade de atos políticos possa dar eficácia imediata a direitos fundamentais, o exercício

indiscriminado desse controle prejudicaria a indispensável neutralidade que o órgão julgador deve guardar.

O exame da estrutura institucional do Poder Judiciário permite compreender a importância dessa neutralidade.

A concepção clássica da repartição dos Poderes de Montesquieu é, na verdade, meio de controle do Estado pelo próprio Estado. A constituição pode ser entendida como espécie de contrato social, no qual o povo pactua com suas lideranças que esses administrarão o governo para o povo. A obrigatoriedade desse “contrato social” constitucional derivaria de um mecanismo de auto-eficácia construído a partir da divisão dos poderes. Com efeito, diante da impossibilidade de um poder acima do Estado a assegurar o cumprimento da constituição pelo próprio Estado, a divisão de poderes criaria um autocontrole de origem interna. Na repartição dos poderes, parte do Estado controle a outra. De fato, ao assegurar a sua parcela de poder, cada um dos três poderes diligencia no sentido de fazer com que os demais cumpram com as suas atribuições institucionais, equilibrando-as (SHAPIRO, SWEET, 2002, p. 10)[240].

Por sua vez, a fatia de poder que cabe ao Judiciário consiste na resolução de impasses. De fato, o Poder Judiciário é a instância autorizada oficialmente a solucionar os conflitos entre particulares, entre esses e o Estado, assim como dentro do próprio Estado.

Em qualquer sociedade, em qualquer nível, sempre que surge conflito entre duas pessoas e essa não o conseguem resolver por si mesmas, uma terceira pessoa é chamada a ajudar na solução. Essa terceira pessoa deve

---

[240] This view of constitutions as a contract between principals and agents is an old and now again fashionable one. In effect, the argument runs that the people as principals contract with agents to run the government for them. The problem becomes how to enforce such a contract given the absence of any superior enforcing authority. That was the appeal to God or the right of revolution, but these were both uncertain and extreme remedies. It is a commonplace that that where enforcement in uncertain contracts should be written so as to be as self-enforcing as possible. Constitutional division of powers is a very clever self-enforcement provision. It divides the agent into parts and sets each agent part do enforce the contract on the other agent parts. Each part´s self-interest in defending its own agent capacities works to enforce the contract in behalf of the principal. (SHAPIRO, SWEET, 2002, p. 10)

gozar da confiança dos envolvidos no conflito para que a solução por ela encontrada seja seguida. Por sua vez, tal confiança decorre, essencialmente, da certeza de neutralidade de tal terceiro interveniente. De fato, os litigantes devem ter a certeza de que a solução a ser encontrada não derivará da preferência pessoal do mediador por um dos litigantes, nem do puro arbítrio do mediador. A solução deve decorrer da neutralidade desse terceiro interveniente (SHAPIRO, SWEET, 2002, p. 64-65).

Ao longo do tempo, a função de solucionar conflitos passou a ser institucionalizada na figura do Poder Judiciário. Essa institucionalização, contudo, não afastou o pressuposto de neutralidade. Pelo contrário. Uma vez que, com a institucionalização do Judiciário, as partes de um conflito deixaram de escolher seu intermediador em comum acordo para serem auxiliados por um terceiro desconhecido, indicado pelo Estado, o problema da certeza e da aceitação da solução do conflito tornou-se mais grave (SHAPIRO, SWEET, 2002, p. 65). A confiança não mais se ampara em uma relação pessoal entre os litigantes e o terceiro intermediador, mas de uma confiança institucionalizada de que esse terceiro decidirá de forma neutra, sem beneficiar ou prejudicar uma das partes por motivos pessoais ou escusos.

Frise-se que essa neutralidade do Poder Judiciário não significa indiferença absoluta, mas sim um tipo de indiferença que garante contra expectativas de influência. A neutralização do estado se dá de modo que, “ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que a crença nela esteja enraizada profundamente na população” (FERRAZ, 1994, p. 16)

Essa expectativa contra influências externas não resiste a opções políticas porventura feitas pelo Poder Judiciário, ainda que em sede de controle de constitucionalidade. Conforme se depreende da definição de ato político já exposta acima, a sua revisão implica escolha. Por sua vez, para toda escolha é necessário um posicionamento a respeito das preferências, valores e

prioridades no caso concreto. A externalização de tais preferências é incompatível com a neutralidade necessária ao exercício da jurisdição.

Com efeito, uma vez que o ato político é o exercício de uma função soberana de ampla escolha dos fins a serem atingidos, todo ato político, por definição, exige escolhas parciais dentre objetivos igualmente protegidos, com necessária quebra de neutralidade. Em outras palavras, para fazer escolhas políticas – ainda que em sede de mera "revisão" – é indispensável tomar partido de algum interesse ou direito que se entenda mais relevante em prejuízo de outros. Por isso, a partir do momento que for dado ao Poder Judiciário o poder de fazer escolhas de natureza política, ainda que sob o pálio do controle de constitucionalidade, a confiança em sua neutralidade será abalada. Perder-se-ia, desse modo, parte do poder que permite a tranqüila e ampla a aceitação social das deliberações do Poder Judiciário.

> Uma Justiça politizada, ao contrário, compartilha da responsabilidade pelos resultados do uso da violência, fazendo do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais de exceção. [...] Ou seja, a Justiça politizada arrisca-se a render-se ao *marketing* das opiniões, reduzindo o direito a elas, o que funciona bem n Legislativo, mas que, no Judiciário, torna opaco o uso da força, conduzindo-a à banalidade e à trivialidade do jogo de interesses. (FERRAZ, 1994, p. 17)

Assim, em face da legitimidade e, portanto, da aceitação social de suas decisões, no nosso entender o exercício jurisdicional pelo Poder Judiciário ainda pressupõe uma neutralidade incompatível com a revisão dos atos políticos, mesmo que em sede de exame de constitucionalidade.

5 Impossibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos em face da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Além do apontado prejuízo à neutralidade indispensável ao exercício da jurisdição, cumpre observar que a revisão de atos políticos pelo Poder Judiciário, ainda que em sede de controle de constitucionalidade, também

pressupõe o revolvimento de questões não jurídicas as quais esse poder não possui acesso.

De fato, a elaboração de atos políticos pressupõe não apenas questões legais, mas a aferição de elementos da economia, da saúde, da sociologia, da política *strictu sensu,* dentre outros elementos externos ao sistema jurídico e que dele não fazem parte. Assim, sua revisão exige conhecimentos que não podem ser apreendidos dentro do sistema social jurídico, no qual opera o Poder Judiciário.

O Direito, como todo sistema social, tem por função reduzir a complexidade do ambiente diminuindo as opções de escolha oferecidas. Para isso, ele reduz as possibilidades de solução de problemas a um conjunto bem delimitado de opções, de modo a facilitar a sua escolha.

As soluções disponíveis, por sua vez, são produzidas pelo próprio sistema social de Direito. No processo de produção de soluções, o Direito apenas comunica-se com outros sistemas externos a partir da incorporação de estímulos externos ao seu próprio sistema. O sistema seleciona, de acordo com seus critérios, as possibilidades que estão à disposição no ambiente. O sistema não importa elementos prontos do ambiente, mas processa-os de modo a adequá-lo ao próprio sistema. Uma vez selecionado um elemento, este será processado pelo sistema de acordo com a função que desempenha.

Outra característica dos sistemas é o fechamento operacional, o qual pode ser resumido na seguinte idéia: o ambiente não pode operar no sistema, nem o sistema pode operar no ambiente. Um não atua sobre o outro, nem decide pelo outro. A seleção e a informação são consideradas operações internas do sistema. Segundo Luhmann (1997, p. 107), “sob a condição de fechamento cognitivo, um sistema desenvolve a própria complexidade e aumenta, nesse sentido, as realizações cognitivas”.

Assim como as decisões políticas podem ser aceitas ou recusadas pelo ambiente, também o sistema jurídico pode aceitar ou recusar comunicações do ambiente (dos sistemas que fazem parte dele). Apenas as informações

importantes para o desempenho da função do sistema são selecionadas. Tudo o que não importa para o sistema é descartado.

Por tudo isso, o Direito não conhece elementos que lhe são externos sem que esses mesmos elementos sejam, antes, processados e compreendidos dentro de uma concepção jurídica. O Direito desconhece, por exemplo, fatores econômicos enquanto esses não forem compreendidos juridicamente e traduzidos para a linguagem jurídica, de modo a integrar o sistema de Direito. Uma vez que o sistema de direito é organizado no binômio: legal/ilegal, questões que não puderem ser adequadas a esse sistema lógico não serão consideradas pelo sistema social do Direito.

Desse modo, ao decidir uma questão lhe colocada a exame, o sistema jurídico seleciona somente as informações incorporadas ao seu próprio sistema. Se não for jurídico, não a considera.

Ora, a elaboração de ato político leva em consideração não apenas o aspecto legal, mas diversas variáveis não jurídicas, mas igualmente importantes. Por isso, não é adequado pressupor que o Poder Judiciário decida sempre melhor que os demais poderes. Enquanto o Poder Judiciário trabalha apenas com o sistema jurídico, fechado e autopoiético, os demais poderes tem acesso a outros sistemas sociais, que podem fornecer respostas igualmente corretas. Trata-se de uma limitação sistêmica grave do Direito.

Na verdade, o Poder Judiciário não possui todas as ferramentas institucionais necessárias para analisar decisões de cunho político. Faltam-lhe dados fáticos e conhecimentos técnicos necessários ao completo exame das questões envolvidas na elaboração dos atos políticos. “A determinação de execução da política ou sua elaboração pelo Judiciário destorce do planejamento previamente determinado por quem detém a competência tanto para elaborar, executar e, principalmente, avaliar a sua execução, de acordo com as premissas inicialmente estabelecidas.” (SOUSA, 2010, p. 15)

Ressalte-se, por oportuno, que é justamente em razão dessa limitação estrutural que a garantia de direitos não depende apenas do Judiciário. Para reparar violações de direito e deter futuras, o Judiciário deve confiar na

cooperação com o Poder Executivo o qual, em contrapartida, precisa operar com verbas limitadas e, por vezes, escassas. Por outro lado, os juízes não são preparados para examinar o complexo sistema de alocação de recursos (HOLMES, 1999, p. 94-95).

> Minha opinião pessoal é que, em ambientes judicializados os tribunais não protegem os direitos melhor do que os legisladores. Há poucas – e eu duvido que existam - decisões constitucionais judicializadas que inequivocamente provam o contrário. Precedentes não forçam os legisladores a prestar atenção aos direitos que poderiam ser ignorados, assim como não levantam questões que não tinham já sido levantadas no debate legislativo. Precedentes uniformizadores são escolhas legislativas que substituiem as da maioria parlamentar a respeito de como os direitos constitucionais devem ser protegidos241. (SHAPIRO, SWEET, 2002, p. 60)

A revisão de atos políticos pelo sistema de Direito poderia, assim, esvaziar o conteúdo de atos políticos, reduzindo uma complexa decisão, envolvendo diversos elementos sociais relevantes, ao exame do binômio legal/ilegal, próprio do sistema jurídico.

6 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem oscilado entre a possibilidade de amplo exame de constitucionalidade de atos políticos e a possibilidade de exame apenas dos pressupostos de natureza formal de atos políticos.

Em precedente recente, proferido nos autos do Mandado de Segurança n° 26.603, o Supremo Tribunal Federal decidiu por examinar a constitucionalidade do ato de desfiliação partidária. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, em razão do sistema representativo da Constituição Federal de 1988, o mandato de político pertence ao seu partido. Por isso, caso um

[241] “*My own view is that, in judicialized environments, courts do not protect rights better than do legislators. There are few – I doubt that there are any – constitucional rulings under judicialized conditions that unambiguously prove the contrary. Leading decisions do not force legislators to pay attention to rights that would otherwise be ignored and do not raise issues which had not already been raised in legislative debate. Leading decisions are legislative choises, replacing those of the parliamentary majority, about how constitucional rights must be protected.*”

parlamentar opte por mudar de partido sem justa causa após sua eleição, ele perderá o seu mandato em favor de outro candidato de seu antigo partido. Depreende-se do voto condutor do Mandado de Segurança n° 26.603 que cabe ao Supremo Tribunal Federal, o “guarda da Constituição”, apreciar a constitucionalidade do modelo político-jurídico vigente, dando-lhe a ultima palavra quanto sua correta interpretação constitucional:

> MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE N° 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIAÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A

CONSULTA N° 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontrastável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. - A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

[...]

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL. A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político

> prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes.
>
> [...]
>
> A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - **A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.**

Tratamento semelhante foi dado ao exame de constitucionalidade do ato político demarcação de terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. No processo tipo “Petição”, autuado sob o n° 3388, de relatoria do Ministro Carlo Britto, julgada no dia 19 de março de 2009 e publicada no Diário de Justiça de 24 de setembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal não apenas analisou os procedimentos formais de demarcação de terras indígenas, como também enumerou os requisitos necessários para as futuras demarcações de outras terras indígenas.

Tratava-se de evidente matéria de natureza política, posto que a demarcação de terras indígenas é ato não normativo que decorre de prerrogativa prevista no artigo 231 da Constituição Federal, exercido com livre

conformação. Nesse sentido, no voto condutor da Petição n° 3388, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser a questão de competência e iniciativa exclusiva do Poder Executivo Federal, ao afirmar que "somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, seqüenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente". Todavia, tal afirmativa não impediu o Supremo Tribunal Federal de, em seqüência, "agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa", consubstanciadas em verdadeiras normas a serem seguidas em futuras demarcações.

Outro foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no processo Extradição (EXT) n° 1085, julgado definitivamente em 8 de junho de 2011. Para a maioria dos ministros, a decisão do Presidente da República de conceder ou negar a extradição do paciente, Cesare Battisti, para a Itália é um "ato de soberania nacional" que não pode ser revisto pelo Supremo.

Depreende-se o seguinte do esclarecedor voto do Ministro Carlos Britto no processo EXT n° 1085:

> Se vossa Excelência me permite, eu fiz a interpretação do dispositivo para tentar dizer que o Ministro Eros Grau – e o Ministro Eros Grau não discordou – estava a assentar o caráter político do próprio Tratado, que habilitava os Chefes de Estado dos países pactuantes, por um juízo de ponderabilidade, que é eminentemente subjetivo, cumprir ou descumprir a decisão do Poder Judiciário.
> Mas eu vou além: Se o Presidente da República quiser, por exemplo, denunciar o tratado, se o Presidente da República quiser descumprir o tratado, não nos cabe policiar ou condenar o Presidente da República ou receber reclamações de que nossa decisão foi descumprida. Não! O Presidente da República vai responder pelo descumprimento do tratado perante a comunidade internacional e, no limite, perante o próprio Poder Legislativo.
> Isso é uma matéria política aberta à atuação dos órgãos políticos do País. Não há espaço de atuação para o Poder Judiciário uma vez autorizada – como fizemos aqui – a extradição. Não estamos determinando a extradição; estamos autorizando o Presidente da República.

É possível afirmar, portanto, que a jurisprudência brasileira ainda oscila quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário.

Conclusão

Ato político é um ato não normativo de orientação política superior do Estado, realizado com fulcro diretamente da Constituição Federal e com ampla possibilidade de conformação (SHAFER, 2006). Ele distingue-se do ato administrativo por não ser vinculado, nem ser imparcial. O ato político se ampara diretamente nos poderes e objetivos previstos na Constituição Federal e reflete escolha de fins a serem atingidos pelo Estado.

Parte da doutrina defende que o ato político pode ser submetido ao controle de constitucionalidade em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade dos direitos fundamentais. Filiamo-nos, contudo, a outra corrente de entendimento, pois acreditamos que a falta de informações técnicas e fáticas do Poder Judiciário a respeito de políticas públicas, bem como a necessidade de manutenção da imparcialidade do Poder Judiciário, não recomendam que os atos políticos sejam submetidos a controle de constitucionalidade. De fato, o sistema jurídico não é suficiente para resolver questões que demandam a apreciação de valores, fatos e dados estranhos ao sistema social do Direito.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não está consolidada a respeito da possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade sobre atos políticos. Há precedentes recentes tanto no sentido de não ser possível esse controle, quanto em sentido contrário.

Referências

ALEXY, Robert. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

APPIO, Eduardo Fernando. Controle judicial da execução de políticas públicas. In.: **Controle judicial da execução de políticas públicas no Brasil.** Curitiba : Juruá, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A subsistência dos atos administrativos e legislativos praticados pelos parlamentares infiéis: conseqüência da aplicação da teoria da investidura aparente - o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional e a responsabilidade político-jurídica que lhe incumbe no processo de valorização da força normativa da constituição - o monopólio da "última palavra", pela suprema corte, em matéria de interpretação constitucional. Mandado de Segurança n° 26.603. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 4 de outubro de 2007, Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121. Acesso em 20 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando. Extradição n° 1085/República Italiana. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico divulgado em 15 de abril de 2010 e publicado em 16 de abril de 2010.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. **Interesse Público.** v. 12, n. 59, p. 83-124, jan/fev 2010.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. O Judiciário Frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP.** Disponível em

http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf, Acesso em 17 de novembro de 2011.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (org.). **Constitucionalismo y democracia.** Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York : W W Norton, 1999.

KUNZLER, Caroline de Morais. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia.** Araraquara : UNESP, v. 9, n. 16, 2004, p. 123-136. Disponível em http:// *seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144, acesso em 16 de novembro de 2011.*

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUNZ, Julieta Lidia. **Recursos políticos e judiciais para a correção dos atos do poder público.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Desafios à efetividade dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. V. 99, n. 893, p. 47-61, mar 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira. Repensando o Estado constitucional: controle judicial de políticas públicas atravpes da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,** v. 8, n. 29, p. 125-138, abr/jun 2010.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial dos atos do poder legislativo: atos políticos e *interna corporis*.** Brasília : Brasília Jurídica, 2001.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral. **Interesse Público.** v. 8, n. 35, p. 79-97, jan/fev 2006.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford : Oxford University Press, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do poder executivo. **Cadernos de Direito Constitucional.** v. 12, n. 59, p. 83-124, jan/fev 2010.

SOUSA, Guilherme de Carvalho e. Quanto à insuficiência do direito para correta averiguação de políticas públicas: interdependência com outras disciplinas e limitações ao controle exercido pelo Poder Judiciário. **Fórum Administrativo.** v. 10, n. 118, p. 9-18, dez/2010.

SOUZA. A razoabilidade como critério de controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Boletim de Direito Administrativo.** V. 27, n. 8, p. 945-951, ago/2011.

TRINDADE, Jade Carneiro. Controle judicial das políticas públicas: uma alternativa para dar efetividade aos direitos fundamentais. **L & C: Revista de Direito e Administração Pública.** v. 13, n. 142, p. 4-13, abr. 2010.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Interpretação constitucional e o controle judicial das políticas públicas de promoção dos direitos fundamentais. **Interesse Público.** v. 12, n. 64. P. 277-311, nov/dez 2010.

CAPÍTULO 7
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS.

Fernanda Oliveira de Moraes Vasconcelos[242]
10.11117/9788565604079.07

INTRODUÇÃO

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, sobre a qual podem ser encontrados quatro posicionamentos divergentes, os quais classificam os aludidos tratados por vezes como lei ordinária, outras como norma constitucional, supralegal ou supraconstitucional, cabe questionar se os referidos compromissos internacionais integram o conceito de bloco de constitucionalidade.

Desse modo, o presente trabalho monográfico tem por escopo estudar os tratados internacionais, suas nomenclaturas, as convenções internacionais pertinentes, seu processo de formação e internalização no Direito brasileiro, bem como os tratados internacionais de direitos humanos, as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua posição normativa e as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n 45, de 2004.

Justifica-se a presente discussão pela diversidade de posicionamentos acerca do mesmo tema, acarretando, inclusive, a depender da corrente adotada, uma ampliação do conceito do bloco constitucional, o que acarretará

---

[242] Mestranda do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

uma maior abrangência dos direitos e garantias fundamentais que poderão ser utilizados como referência para análise da constitucionalidade das normas.

Além da introdução, o trabalho está dividido em basicamente três capítulos: o primeiro, destinado ao esclarecimento de definições e entendimentos introdutórios acerca dos tratados internacionais, passando-se pelas suas terminologias, definições, processo de formação e internalização ao direito nacional, que serão utilizados no transcorrer do trabalho. Tais informações objetivam estabelecer premissas básicas para o desenvolvimento do raciocínio empreendido; o segundo, expõe uma análise detalhada acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, a discussão acerca da diferenciação entre as expressões 3 direitos humanos e fundamentais, o seu status hierárquico perante o ordenamento jurídico brasileiro, abordando as inovações trazidas pela reforma do judiciário. E no terceiro, será exposta a nossa percepção acerca do tema, tendo como base os elementos trazidos no decorrer do trabalho, notadamente acerca da possibilidade de inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos no conceito de bloco constitucional.

Por fim, exporemos uma breve conclusão, a fim de deixar consignada a nossa particular impressão sobre o estudo. Para tanto, realizaremos uma análise à luz do direito posto e seu processo hermenêutico, bem como da literatura existente, sempre com uma visão crítica própria da dialética jurídica.

2 Dos Tratados Internacionais

Os tratados de direito internacional podem ser denominados de diversas formas, valendo a pena ressaltar a diferenciação comumente realizada entre algumas acepções.

“Tratados”, em regra, são utilizados para caracterizar um ajuste solene, cujo objeto, fim, número e poder das partes têm maior importância por criarem situações jurídicas; as “convenções” são utilizadas como sinônimo de tratados; já “carta” é denominação utilizada com maior frequência para os instrumentos constituídos entre organizações sociais; o “protocolo”, por sua vez, traduz um acordo internacional menos formal, onde ficam registrados os resultados de

uma conferência diplomática; e o "acordo" cuida, notadamente, de compromissos internacionais de natureza econômica, financeira, comercial ou cultural.[243]

Ressalte-se, no entanto, que tais nomenclaturas estão sendo enumeradas apenas por uma questão didática pois, no dia a dia, inúmeras vezes são utilizadas como sinônimas, motivo pelo qual tal diferenciação tem efeito meramente teórico. Entretanto, a esta afirmação deve-se excepcionar o termo utilizado para os tratados nos quais uma das partes é a Santa Sé, e que tem como objetivo reger as relações entre a Igreja e o Estado copactuante, qual seja, "concordata", não podendo, neste caso específico, receber outras denominações.

Após análise das nomenclaturas, cumpre tecer comentários acerca de alguns aspectos dos referidos tratados internacionais que servirão de base construtiva para algumas conclusões a respeito de seu posicionamento na jurisprudência nacional.

1.1. Das Convenções Internacionais acerca dos Tratados de Direito Internacional

A necessidade de disciplinar o processo de formação dos tratados resultou na elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que aguardava referendo do Congresso Nacional brasileiro desde 22 de abril de 1992, o que ocorreu em 20 de julho de 2009, através do Decreto Legislativo nº. 496/2009[244], seguindo, a partir de então, ao Presidente da República para promulgação e publicação.

---

[243] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2006, p. 55

[244] "DECRETO LEGISLATIVO Nº 496, DE 2009: Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida Convenção e de seu Anexo, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional."

Ressalte-se, no entanto, que desde 1928 já se encontrava em vigor no Brasil a Convenção de Havana sobre o Direito dos Tratados, permanecendo, inclusive, vigendo até os dias de hoje. Porém, como a de Viena de 1969 tratou do assunto de forma mais detalhada, esta tem sido priorizada, na prática, para o estudo dos referidos compromissos internacionais.

Saliente-se que em 1986 foi implementada uma nova Convenção de Viena acerca do Direito dos Tratados, ainda não referendada pelo legislativo brasileiro, mantendo os termos da anterior e ampliando os legitimados a firmarem tratados internacionais, possibilitando, a partir de então, a sua assinatura não só pelos Estados, mas também por Organizações Internacionais.

Ao conceituar tratados internacionais, a Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, alínea "a" os descreveu como sendo um acordo internacional, por necessitar do livre consentimento das nações pactuantes, considerando que o direito internacional é pautado pelo princípio do livre consentimento das nações - concluído por escrito, pois são essencialmente formais; entre Estados, e também organizações sociais (após a Convenção de Viena de 1986), capazes de assumir direitos e contrair obrigações, sendo regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação particular.

1.2. Do Processo de Formação dos Tratados Internacionais no Brasil

A sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério da cada Estado. Por isso, as exigências constitucionais relativas ao processo de formação dos tratados variam significativamente.[245] A formação dos tratados de direito internacional no Brasil inicia-se pela sua celebração, composta pelas negociações preliminares, conclusão e assinatura

---

[245] PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

ou adoção, todas de competência do chefe do Poder Executivo, devendo tais atos serem acompanhados por funcionário diplomático.

Saliente-se que a aludida competência do Chefe do Executivo[246] é privativa, o que permite que haja delegação, sendo feita, em regra, ao Ministro das Relações Exteriores ou aos Chefes de Missão Diplomática.

As negociações preliminares, incumbidas ao Itamaraty, devem ser realizadas por representantes dos Estados, devidamente autorizados por carta de plenos poderes[247], a praticarem atos internacionais em seu nome, denominados de plenipotenciários. Ressalvese, no entanto, aquelas pessoas que pelo cargo que ocupam não necessitam tal autorização, como por exemplo os Chefes de Estado e de Governo, que têm capacidade originária, e o Ministro das Relações Exteriores e chefes de missão diplomática, com capacidade derivada

O ato final do texto deve ser aprovado pela consultoria jurídica do Itamaraty e pela divisão de atos internacionais sobre o aspecto processual.

Ressalte-se, no entanto, que a assinatura, por si só, não produz efeitos jurídicos vinculantes aos Estados, tratando-se, apenas, de aceite provisório às disposições do tratado, pondo fim às negociações iniciais. Porém, desse momento em diante, fica proibida qualquer alteração no texto do acordo firmado, abrindo-se oportunidade às partes para apresentarem reservas ao texto.

A fase seguinte é a do referendo do Congresso Nacional, que se dá mediante decreto legislativo, o que representa a sua aprovação pelo parlamento. Referendado, o Presidente da República está autorizado a ratificá-lo, traduzindo-se esta numa confirmação da assinatura do instrumento, que é

---

[246] "Art. 84. CF. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso (...)".
[247] Consoante art. 2.º, § 1.º, "c", da Convenção de Viena os plenos poderes consubstanciam-se em um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representá-lo na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por ele ou para praticar qualquer outro ato a ele relativo.

conferida através da troca ou depósito dos tratados internacionais, momento em que os Estados obrigam-se internacionalmente[248]

Em seguida ocorre a promulgação, que se concretiza por meio de Decreto presidencial, publicando-se, em sequência, o texto do tratado em português, em Diário Oficial da União, momento em que proporciona ciência e publicidade à aludida ratificação, atestando a existência do ato e o cumprimento de todas as formalidades. Com a publicação, o compromisso internacional torna-se obrigatório no Brasil.

Como pôde ser visto, para conclusão do processo de formação dos tratados internacionais há intensa colaboração entre o Executivo e Legislativo, traduzindo-se em ato complexo o qual não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo não se unir à vontade do Congresso Nacional, o que acontece desde a Constituição Brasileira de 1891 e foi mantido até a Lei Magna atual[249]

1.3. Do Processo de Internalização dos Tratados

---

[248] Art. 49, I, da Constituição Federal de 1988 prevê a celebração de tratados: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...)"

[249] CF 1891: "Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 12º) resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; (...) Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendoos, quando cumprir, à autoridade do Congresso."
CF 1934: "Art 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz; (...) Das Atribuições do Presidente da República (...) Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) § 6º) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo."
CF 1937: "Art 15 - Compete privativamente à União: I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais (...) Art 74 Compete privativamente ao Presidente da República (...) d) celebrar convenções e tratados internacionais ad referendum do Poder Legislativo;"
CF 1946: "Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República (...) VII - celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional;"
CF 1967: "Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República; (...) "Parágrafo único - O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional até quinze dias após sua assinatura, os tratados celebrados pelo Presidente da República. (...) Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República (...) VII - celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional;"

Dentro desse tema, a discussão que se trava consiste em saber se seria necessária ou dispensável a edição de ato nacional com força de lei para internalizar o tratado para a execução do tratado? Para tentar solucionar tal impasse, faz-se necessária a exposição de duas teorias acerca das relações entre o direito internacional e o direito interno.

Conforme a chamada teoria dualista, o direito interno e o direito internacional são independentes, não se interceptam, de modo que o segundo regularia as relações entre os Estados e o primeiro regularia as relações entre o Estado e os indivíduos. [250]Com base nesse posicionamento, depreende-se que os compromissos internacionais não podem gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna se o tratado não se materializar na forma de diploma do direito interno.

Nessa perspectiva, surge o dualismo radical, como sendo aquele que condiciona a vigência dos tratados internacionais internamente à existência de lei em sentido estrito, e o moderado, que admite a inexistência de lei formal, bastando que haja obediência ao procedimento previsto no direito interno.

De outra parte, segundo a teoria monista, os ordenamentos internacionais e internos coexistem, mas o direito internacional se sobrepõe ao interno ou vice-versa. Entende que não há necessidade da edição de uma lei para que uma norma de direito internacional seja aplicada no âmbito interno. Aceita essa teoria surge a questão de saber qual direito prevalece: o internacional ou o interno, surgindo o monismo internacionalista e o nacionalista.

O internacionalista, adotado pela Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 27, entende que prevalece o direito internacional, de modo que o direito interno derivaria do internacional, que seria hierarquicamente superior.[251] O monismo nacionalista assevera que o direito interno é soberano e a adoção das regras do direito internacional é discricionária, ou seja, caberia ao julgador

---

[250] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2006, p. 83.
[251] Ibidem, p. 86

decidir qual norma aplicar em caso de conflito de normas. Há quem defenda a existência de um monismo moderado, ao defender que o juiz nacional deve aplicar tanto o direito internacional como o interno, mas de acordo com o previsto no ordenamento interno A Suprema Corte brasileira entende ser necessário decreto presidencial para vigência do tratado e afirma que, quando incorporado, tem força de lei ordinária. No caso de conflito de normas, deve-se obedecer ao critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a anterior. Para o Tribunal, o art. 102, III, b, da Constituição Federal, ao prever recurso extraordinário de decisão que declare inconstitucional um tratado ou uma lei federal, igualou em mesmo grau de hierarquia esta àquele. Defende, ainda, que uma lei geral não pode derrogar lei especial, logo, as leis internas infraconstitucionais específicas tem prevalência sobre os tratados que são gerais.[252]

A doutrina critica tal posicionamento sob o argumento de que, caso assim se compreenda, é como permitir que um tratado possa ser revogado, isoladamente, por um dos Estados-partes. Argumenta que o poder legislativo ao aprovar um tratado, compromete-se a não editar leis contrárias, baseando na teoria do ato próprio, o "*venire contra factum proprium non valet*", de modo que o Congresso Nacional não poderia ir contra sua posição anterior. [253]

2. Dos Tratados Internacionais de Direito Humanos

Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores referiram-se aos tratados internacionais de direitos humanos. Foi a Lei Maior de 1988 que fez referência aos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, notadamente em seu artigo 4º e no artigo 7º do ADCT.[254] Diante desse novo instituto jurídico,

---

[252] RE80004. Disponível em< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>.Acesso em 11 ago 2011. ADI 1480-DF Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em 11 ago 2011.

[253] GALINDO, George Rodrigo Bandeira Galindo. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-336

[254] Art. 4º CF-88: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (...) ADCT Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

diversas teorias surgiram a respeito do tema, inclusive pela própria nomenclatura dessas normas.

2.1. Da Nomenclatura

Há quem perfilhe o entendimento de que fundamentais são os direitos que estão positivados na Constituição e nas leis[255] e humanos são os direitos inerentes à pessoa humana advindos do direito natural.[256] Corrente similar afirma que direito fundamental é aquele expressamente previsto na CF e direitos humanos são direitos fundamentais em sentido material, estando implícito na CF.

Nessa linha de pensamento, Barzotto aduz que direitos humanos fundamentais são devidos a todos ser humano independentemente de positivação por um legislador e fundamentação em norma jurídica positivada, estando ancorados em princípios universais e necessários a razão prática, pois tais direitos têm caráter meramente declaratório.[257]

Há, também, quem aponte que os direitos humanos são os consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional) e os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno).[258]

Sustenta-se, de outro lado, que os direitos humanos são mais abrangentes do que os direitos fundamentais, pois há direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira que não são direitos humanos, como, por exemplo, o direito de imagem de uma pessoa jurídica (inciso X do artigo 5º da Constituição Federal). Assim, independente da nomenclatura, as pessoas jurídicas também possuem direitos básicos assegurados pelo ordenamento jurídico. Ademais, nessa linha de pensamento, é possível afirmar

---

[255] HESSE apud BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560
[256] BONAVIDES, op. cit. p. 562.
[257] BARZOTTO, Luís Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos. Da dogmática à ética*, Porto Alegre: UFRGS, 2005, p. 1-3.
[258] NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, p. 360.

que todo direito humano é fundamental, mas nem todo direito fundamental é humano.

Sem embargo, sob nossa análise, pode-se concluir que o nosso ordenamento jurídico optou por utilizar o termo “direitos humanos” para denominar aqueles previstos em tratados de direito internacional, como pode ser verificado no § 3 do artigo 5º e art. 109, V e § 5º da CF[259]

2.2. Do *Status* Hierárquico dos Tratados de Direito Internacional de Direitos Humanos

No que se refere ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, depreende-se que há correntes doutrinárias e jurisprudenciais a serem expostas e que são imprescindíveis para o entendimento acerca de sua inserção no conceito de bloco constitucional, senão vejamos.

Há quem defenda que os tratados de direitos humanos são normas constitucionais e, por sua vez, complementam o catálogo dos direitos expressos, proporcionando efetividade máxima às normas constitucionais[260]

Essa corrente sustenta que, a partir do § 2º do art. 5º da Lei Magna, criou-se uma dupla fonte normativa para os direitos humanos: uma advinda do direito interno, expressos e implícitos da Constituição Federal; e outra advinda

---

[259] A**rt. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) **V** - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. (...) **§ 5º** Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador- Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

[260] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 269-283. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos,* Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 631.

do direito internacional, decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa seja parte.

Aduz que os tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos e garantias, passando a integrar, portanto, o bloco de constitucionalidade.

Além do mais, o referido posicionamento defende que os tratados incorporam-se automaticamente ao nosso ordenamento a partir de suas ratificações, dispensando a edição de decreto de execução, conforme art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Sustenta que tal parágrafo confere aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive aos provenientes de tratados. Por conta disso, quando se fala em tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil teria adotado o monismo internacionalista.

Nesse sentido, a internacionalista Flávia Piovesan argumenta que os tratados de direitos humanos tem estatura constitucional, pois com o artigo 5º, § 2º, tais normas internacionais integram o rol de direitos consagrados na Constituição. Para a autora, tudo se deve a interpretação sistemática, teleológica e pela força expansiva dos valores da dignidade humana. Esclarece que com a abertura desta cláusula haveria três grupos de direitos: os expressamente dispostos na Constituição, os expressamente expostos em tratados internacionais e os implícitos, subentendidos e decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo Brasil. Conclui que, em virtude da cláusula constitucional aberta, estes direitos previstos nos tratados seriam materialmente constitucionais.[261]

Gilmar Ferreira Mendes, no entanto, adverte que o simples reconhecimento de estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos implicaria admitir "que a Constituição concebida como um

---

[261] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos”.[262]

Outra corrente teórica é a que entende que quaisquer tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, ainda que sejam de direitos humanos, podendo ser revogados por outra lei. Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 80.004-SE, que tratava acerca de um conflito entre uma lei ordinária, no caso o Decreto-Lei n. 427, 1969, e um tratado (a Lei uniforme de Genebra de 1931), tendo a Corte Suprema brasileira posicionado-se pela aplicação do critério da ordem cronológica, já que as consideravam com igual hierarquia.

Tal entendimento foi confirmado em 1995 quando, no HC n. 72.131-1, a Corte Suprema ao analisar a questão da prisão do depositário infiel, contrapondo o art. 7º, § 7º, do Pacto San José da Costa Rica e o art. 1.287 do então Código Civil vigente, o de 1916, através do relator Moreira Alves, asseverou que as duas normas têm mesma hierarquia, a saber:

> (...) Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição (...) sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção, norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária (...)

Na opinião do internacionalista Francisco Resek, quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível de hierárquico, ou seja, entre aquela e este se verifica uma ‘paridade’ – paridade essa que, todavia, funciona a favor da lei. Sustenta o autor que, de facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se o tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga, em sentido técnico, o tratado, mas ‘afasta sua aplicação’, o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada.[263]

---

[262] MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.
[263] RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, por ocasião do HC n. 87.585-TO admitiu, inclusive, reavaliar posicionamentos adotados em outros julgamentos em que defendeu a equivalência dos tratados que versassem sobre direitos humanos e às leis ordinárias.

De outra parte, há uma posição majoritária no âmbito da Corte Suprema que defende o caráter infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos.

Quem primeiro a sustentou foi o então Ministro Sepúlveda Pertence quando no RE 79.785- 00, conforme pode-se observar na transcrição abaixo:

> A primeira vista, parificar as leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5, §2º, da CF, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado dos termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos"
> "Tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal as convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta as suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Ressalte-se que tal orientação foi adotada pelo ministro Gilmar Mendes que a ratifica até os dias de hoje em seus votos.[264]

Por fim, a última corrente, adotada por Celso D. de Albuquerque Mello sustenta que os tratados de direitos humanos são normas supraconstitucionais. Argumenta que sua posição aproxima-se da defendida na Alemanha e em Portugal de que os direitos humanos formam uma ordem supralegal, ou mais precisamente da Holanda, de que é uma ordem de valores supraconstitucional. Entende que não é preciso apelar para o direito natural e defende que a própria Constituição brasileira estabelece como fundamento a dignidade da pessoa

---

[264] Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343: "(...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade (...)"

humana (art. 1º, III) e as relações internacionais, adotando, o ordenamento jurídico brasileiro, o princípio a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, III).[265]

2.3. Reforma do Judiciário – Emenda Constitucional n. 45 de 2006.

A partir da reforma do Judiciário, com a inclusão do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, adotou-se a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos só poderiam adquirir estatura constitucional quando aprovados por quórum qualificado das emendas constitucionais.[266] Para a corrente que acredita que o tratado internacional é norma constitucional, este entendimento já estava exposto no § 2º do art. 5º do texto constitucional. Entende, esta corrente, que, com a inclusão do novo parágrafo, o que era somente materialmente constitucional será, a partir de então, também formalmente constitucional.

George Galindo, apesar de concordar com o entendimento exposto acima, entende errônea a associação existente entre a inclusão de direitos fundamentais e da emenda constitucional, considerando que os tratados internacionais de direitos humanos não têm status constitucional pela forma legislativa em que são aprovados, mas pela natureza da matéria regulada concernente aos direitos fundamentais, sendo, então, normas materialmente constitucionais. Sustenta que tratar apenas formalmente a incorporação dos tratados pode trazer resultados indesejáveis sob ponto de vista da Teoria Constitucional.[267]

O autor afirma, ainda, que não há necessidade de assemelhar a aprovação de tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais. Segundo ele, isso pode, inclusive, servir como instrumento detrator da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. Entende que

---

[265] MELLO, Celso D. De Albuquerque apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2006, p. 114.
[266] “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”
[267] GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira,* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-336.

não há que falar na possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem considerados inconstitucionais, pois se assemelham aos direitos constitucionais consagrados pelo Poder Originário, podendo-se falar apenas em colisão de direitos, não cabendo Ação Direta de Inconstitucionalidade nem Recurso Extraordinário para apreciar constitucionalidade de um tratado internacionais de direitos humanos. Outrossim, entende que se os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, também são protegidos pelas cláusulas pétreas.

Amaral Jr. ressalta que o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de decreto legislativo.[268]

Já para Celso Lafer, o novo parágrafo 3º do artigo 5º do texto constitucional pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º do texto constitucional. Ressalta o autor que, de acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

Ainda segundo Lafer, podemos sub-dividr os tratados de direitos humanos em: a) antes da Constituição Federal de 1988, que foram recepcionados como normas constitucionais; b) após a Emenda n. 45, quando o tratado para ser recepcionado formalmente como normas constitucionais devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º da Lei Magna; e, c) aqueles que foram incorporados após a Constituição de 1988 mas antes da Emenda n. 45, devendo ser considerados normas materialmente constitucionais por força do bloco de constitucionalidade[269].

---

[268] AMARAL JÚNIOR**,** José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais > Acesso em 4 ago 2011.
[269] AMARAL JÚNIOR**,** José Levi Mello do. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. Encaminhado pelo autor em sala de aula.

No entanto, outra parte da doutrina critica essa orientação ao entender que se a vontade do poder constituinte originário, expressa por meio do § 2º do art. 5º da Constituição Federal era mesmo a de conceder hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, não seria necessária a alteração constitucional para que fosse reafirmado pelo § 3º. Ademais, ressalta que se a única inovação do § 3º fosse permitir que os tratados de direitos humanos pudessem ser incorporados formalmente como normas constitucionais ao direito interno brasileiro, não se vislumbraria nenhuma funcionalidade na alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 45.[270]

O voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 466.343-SP em trâmite no STF, teve por objetivo pôr fim a controvérsia acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos, porém, diversamente do Ministro Celso de Mello, entendeu que o § 3º do art. 5º do texto constitucional trouxe solução apenas para a hierarquia daqueles tratados de direitos humanos que viessem a ser internalizados após a vigência da EC n. 45, de 2004, tendo esta servido para demonstrar a inadequação da posição tradicional consolidada no STF acerca do status de lei ordinária dos aludidos tratados. Por fim, ratifica o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, situando-os entre a CF e as leis ordinárias, desde que não aprovados pelo quórum de emenda, consoante a reforma do judiciário.

Assim, entendendo-se que o conceito de bloco constitucional pode ser ampliado de modo que englobe os princípios, implícitos e explícitos, e as normas não inseridas no texto constitucional, pode-se concluir que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser enquadrados como norma constitucional, sendo possível propor à comunidade jurídica tal entendimento para que se possa avançar cientificamente.

---

[270] GALINDO, Susane Guida de Souza. *Implicações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para a disciplina dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In:* DANTAS, Bruno et al. (org.). Constituição de 1988: O Brasil 20 Anos Depois (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

3. Tratados internacionais de Direitos Humanos inseridos no conceito de bloco de constitucionalidade

Conforme ensina Celso Lafer, o bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e por isso é considerado parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Conclui o autor que esses tratados não são meras leis ordinárias, pois tem a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.[271]

Hoje não há dúvida de que os tratados internacionais de direitos humanos caso sejam incorporados pelo quórum da emenda, são considerados normas formalmente constitucionais. E os que forem incorporados pelo processo tradicional, como devem ser enquadrados, como norma constitucional ou lei ordinária? Ademais, o que deve ser analisado, o processo de incorporação ou o conteúdo material das normas? Consoante o § 2 do art. 5º da Lei Magna, também denominado de cláusula aberta, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Ou seja, não se pode negar que, desde então, os tratados internacionais, sejam de direitos humanos ou não, já fazem parte do nosso texto constitucional.

Com a abertura da referida cláusula passou-se a ter três grupos de direitos constitucionais: os expressamente dispostos na Constituição, os expressamente expostos nos Tratados Internacionais e os implícitos, decorrentes do regime e princípios adotados pelo Brasil.

O que se observa, pelo exposto, é que a função do § 3 do art. 5º da Constituição Federal é meramente interpretativa de uma norma já existente,

---

[271] Lafer, Celso. *A Constituição de 1988 e as relações internacionais: Reflexões sobre o artigo 4º e sua relevância para os direitos humanos. In:* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v.07, p. 18

qual seja, o § 2º do mesmo dispositivo, que incluiu os tratados como sendo normas constitucionais, motivo pelo qual não altera a situação já existente.

Portanto, não há como discordar da inserção dos tratados de direitos humanos no conceito do bloco de constitucionalidade pois, conforme já dito, os referidos instrumentos internacionais devem servir como norte interpretativo e parâmetro para controle constitucional das normas.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente artigo, realizar um estudo sobre os tratados de direito internacional, notadamente os de direitos humanos, discutindo acerca das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Analisou-se os tratados de direito internacional tradicionais, adentrando-se em suas terminologias, nas convenções internacionais que regulamentam o direito dos tratados, bem como no seu processo de formação e, por fim, analisou-se as teorias aplicáveis à internalização dos referidos compromissos internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com maior profundidade, dissertou-se acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, onde restou constatada a ausência de previsão constitucional dos referidos instrumentos nas Constituições brasileiras anteriores, ressalvando-se a proteção dos direitos humanos constante na atual Lei Maior.

Discutiu-se sobre a diferenciação e aplicação doutrinária dos termos direitos fundamentais e direitos humanos que, por alguns autores, são considerados sinônimos, já por outros, expressões distintas. Concluiu-se que a Constituição Federal optou por utilizar a expressão direitos humanos para denominar aqueles previstos em tratados de direito internacional, diferenciando-a dos direitos fundamentais.

Expôs-se as quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos, dando-se especial importância aos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Esclareceu-se que, a partir da Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 2006, e inclusão do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, passouse a afirmar que somente aqueles tratados internacionais de direitos humanos que fossem aprovados pelo quórum da emenda constitucional poderiam ser considerados norma constitucional. No entanto, deixou-se registrado que a doutrina internacionalista tece inúmeras críticas ao referido posicionamento por entender que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados normas constitucionais em razão das matérias por eles abordadas, independentemente de processo de aprovação.

Por fim, concluiu-se que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados parâmetros hermenêuticos de hierarquia constitucional em razão da natureza dos direitos ali previstos, motivo pelo qual se encontra inserido na conceituação do bloco de constitucionalidade e devendo-se se utilizado para efeito de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBILIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR**,** José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais.

________. *Reforma sepulta chance de status constitucional automático a tratados.*

Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-fev-01/reforma_nega_status_constitucional_automatico_tratados.

________. Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Human*os e o Pensamento de Celso Lafer*. Artigo aguardando publicação. Encaminhado pelo autor em sala de aula.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos. Da dogmática à ética.* Porto Alegre: UFRGS, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALINDO, Susane Guida de Souza*. Implicações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para a disciplina dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In:* DANTAS, Bruno et al. (org.). Constituição de 1988: O Brasil 20 Anos Depois (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

LAFER, Celso. *A Constituição de 1988 e as relações internacionais: Reflexões sobre o artigo 4º e sua relevância para os direitos humanos. In:* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v.07, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público.* São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2006.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CAPÍTULO 8
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Cosmo Lima de Souza[272]
10.11117/9788565604079.08

Introdução

Questões das mais relevantes e que a cada dia ganha mais espaço da doutrina e na jurisprudência pátria diz respeito à possibilidade de se declarar inconstitucional uma medida estatal que interfira no âmbito de proteção de um direito fundamental, restringindo-o, de modo desproporcional[273]. O presente estudo visa analisar a correta aplicação do *princípio da proporcionalidade* no controle de atos do Estado que interfiram nos direitos fundamentais. "Correto" aqui se contrapõe, evidentemente, à aplicabilidade genérica do princípio da proporcionalidade, muitas vezes referido no bojo de decisões judiciais que a rigor não aprofundam o emprego da técnica, quase sempre confundindo, ou mesmo tratando indistintamente *proporcionalidade* e *razoabilidade*, *proporcionalidade* e *proibição de excesso*, quando não, utilizando-se o conceito de *proporcionalidade* em seu *sentido lato* para solução de intrincados conflitos

---

[272] Mestrando no Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP.

[273] MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: novas leituras, Bol. IOB 14 (2000): Nesse artigo o autor faz uma coletânea de diversas decisões em que o STF decidira levando em conta o princípio da proporcionalidade. Virgílio Afonso, contudo, critica o modo como o STF vem aplicando o princípio da proporcionalidade: "O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula '*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional*' – grifos do original. (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 30.

entre princípios que exigiriam certamente maior rigor científico no emprego da técnica.

É bem de ver que "a ideia de proporção perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios"[274]. Assim é que se fala, no direito penal, em proporção entre a culpabilidade do agente e a pena aplicada dentre as cominadas. No direito administrativo, fala-se de proporcionalidade entre uma medida coativa e a finalidade pública a ser atingida pelo ato administrativo[275]. No direito eleitoral fala-se em proporção entre o número de deputados e a população do estado representado. Também é corriqueira a noção de proporcionalidade, na propaganda eleitoral, quer seja quanto à distribuição do horário eleitoral gratuito entre as legendas partidárias, quer seja quanto à aplicação de sanções de suspensão de programação de emissoras que violem regras da lei das eleições. No direito civil são várias as menções à ideia de proporcionalidade, valendo aqui, apenas como referência, a exigência de proporcionalidade, na reparação de danos, entre o valor da condenação e o grau de afetação do direito protegido pela norma, notadamente em matéria de responsabilidade civil.

A ideia de proporcionalidade, contudo, para os fins desse estudo, não se confunde com esse sentido *lato* de proporção, em suas mais diversas formas. Proporcionalidade, aqui, será empregada como técnica de controle judicial da constitucionalidade de atos estatais que interferem no âmbito de proteção de direitos fundamentais, violando-os, por desproporcional. Nesse sentido, fala-se em *máxima da proporcionalidade*, como decorrência lógica da concepção de direitos fundamentais como normas que possuem natureza de princípios. Se princípios, no dizer de Robert Alexy, são mandamentos de otimização que determinam que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, os direitos fundamentais, concebidos como tais, exigem um grau de otimização que somente pode ser alcançado com

---

[274] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 173.
[275] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 843.

máxima precisão quando o exercício de um direito colide com o exercício de outro direito igualmente protegido[276].

Dizer então que um ato estatal que restringe um direito fundamental é inconstitucional, a partir da *máxima da proporcionalidade*, significa aferir, no âmbito de cada caso concreto, se se está diante de uma medida estabelecida para a promoção de uma finalidade pública, que pode coincidir com a proteção de outros direitos fundamentais ou com interesses gerais da sociedade. Significa saber se essa medida é *adequada*, ou seja, se ela é apta a promover a finalidade a que se destina; se essa medida estatal é *necessária*, ou seja, se para a promoção da mesma finalidade não há outras medidas igualmente adequadas que sejam capazes de alcançar o objetivo pretendido com menor interferência no direito fundamental; e, por fim, se ela é *proporcional em sentido estrito*, ou seja, há que se estabelecer, entre o direito fundamental restringido e o princípio que se visa proteger, uma relação de proporção que atenda à seguinte lei do sopesamento: "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá quer ser a importância da satisfação do outro"[277].

Tomando-se o princípio da proporcionalidade nessa acepção, não é difícil encontrar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decisões que apesar de se referirem a ele, não o aplicam adequadamente, de forma racional e estruturada, muitas vezes fazendo-se referências superficiais, sem nem mesmo se fazer um cotejo entre os fins e os meios, conforme constatado por Virgílio Afonso da Silva em relação ao julgamento liminar do HC 76.060-4, no qual, segundo ele, apesar de o STF fazer alusão à importância da proporcionalidade para o deslinde do caso, a única referência à regra da proporcionalidade se limitou ao seguinte[278]:

> O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da

---

[276] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 117.
[277] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 167.
[278] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 31.

> colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

Neste estudo, pretende-se analisar de forma crítica a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade das leis e demais atos do poder público, a fim de aferir se a Corte, ao tratar do princípio da proporcionalidade, o faz de modo a seguir uma interpretação estrita desse princípio como técnica de solução de conflitos entre princípios colidentes, ou se o faz no campo de *domínio lógico*[279] de aplicação desse princípio, aplicando-o a todos os tipos de conflitos entre bens jurídicos de qualquer espécie, nos termos acima referidos, para daí extrair conclusões acerca da legitimidade ou não de um ato do poder público que interfira no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Para tanto, será submetida à análise a decisão proferida na Ação de Intervenção Federal nº 164-1- SP, na qual o Supremo Tribunal Federal, a partir do exercício de um juízo de ponderação entre princípios constitucionais colidentes, indeferiu o pedido de intervenção da União no Estado de São Paulo, que fora fundado no art. 34, VI, da Constituição Federal, o qual autoriza a intervenção para prover a execução de ordem ou decisão judicial, consistente, no caso concreto, em não pagamento de precatórios de natureza alimentícia.

Entendeu o STF que a intervenção federal, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade, de sorte que, nas circunstâncias do caso concreto, o *princípio da autonomia dos estados* tinha precedência sobre a *proteção constitucional das decisões judiciais*, uma vez que o objetivo perseguido com o pedido de intervenção, qual seja, o adimplemento de prestações de natureza alimentícia, não justificava a adoção da medida extrema da intervenção, porquanto isso implicaria a possibilidade de prejuízo à continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como educação e saúde.

---

[279] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 264.

Neste caso, indaga-se: o princípio da proporcionalidade foi aplicado corretamente? O STF poderia chegar à mesma conclusão caso houvesse adotado outro método de decisão, como por exemplo, o juízo de subsunção da hipótese de intervenção com as circunstâncias do caso concreto? Ou poderia o caso ser resolvido com a simples adoção do princípio da razoabilidade? Há direitos fundamentais em conflito ou trata-se apenas de um conflito aparente de normas? A resposta a essas e outras perguntas que possam surgir ao longo desse trabalho requerem a consideração prévia do sentido de algumas categorias teóricas necessárias à exata compreensão do princípio da proporcionalidade, conforme sua concepção na teoria dos princípios de Robert Alexy, bem como a noção de conceitos referentes à teoria dos direitos fundamentais, notadamente aos aspectos relacionados às restrições desses direitos, como a ideia de suporte fático e âmbito de proteção.

Assim, num primeiro momento serão expostos os conceitos de regras e princípios como concepções de uma estrutura normativa de direitos fundamentais, o modo como se solucionam os conflitos entre regras e as colisões entre princípios, noções conceituais entre norma e texto normativo, referências essenciais entre as principais concepções de direitos fundamentais a partir de uma teoria interna e uma teoria externa. Em seguida será analisado o conceito técnico de suporte fático no âmbito da teoria dos princípios, bem como o princípio da proporcionalidade com suas três máximas da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Num segundo momento será analisada a decisão proferida na Intervenção Federal nº 164-1-SP, priorizando-se o cotejo entre os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal como justificativa para adoção da técnica do princípio da proporcionalidade, procedendo-se a uma análise crítica ao modo como foram consideradas as três máximas da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, para ao final se concluir se o STF, quando adota a máxima da proporcionalidade, o faz nos termos em que esse princípio foi concebido na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

2 A estrutura normativa dos direitos fundamentais

Não se desconhece a complexa discussão doutrinária acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais, e de modo mais geral a discussão acerca do conceito de norma e suas várias classificações, havendo, a propósito, diversas teorias a respeito[280]. Contudo, para os fins deste trabalho, interessa-nos destacar a abordagem mais difundida na atualidade acerca da estrutura das normas jurídicas, que as dividem entre *regras* e *princípios*, nos termos da base teórica de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

2.1. Regras e princípios

A distinção entre princípios e regras não é nova[281] e muitos são os critérios de distinção e classificação propostos. No direito brasileiro, por exemplo, dominou por muito tempo a noção de princípios diferenciados das regras em face da importância daqueles para o sistema jurídico, ou seja, a sua *fundamentalidade*. De acordo com essa concepção, notadamente a partir da Constituição de 1988, princípio seria “o mandamento nuclear de um sistema”[282]. Essa noção de princípio foi muito ressaltada pelos constitucionalistas pós 88 e serviu de pedra angular do argumento da efetividade, importância e força normativa dos direitos fundamentais[283].

---

[280] Para um apanhado resumido e claro sobre as principais teorias conceituais de normas jurídicas, consulte-se, por todos, o trabalho de Thomas da Rosa de Bustamante, *Argumentação contra legem,* A teoria do discurso e justificação jurídica nos casos *mais* difíceis, pp. 171-241.

[281] ALEXY Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 86.

[282] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p 53: para quem “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo como critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

[283] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 92-93: fundado notadamente na doutrina portuguesa de Gomes Canotilho, Silva chegou a classificar os princípios constitucionais positivos entre “princípios político-constitucionais”, aqueles que manifestam as decisões políticas fundamentais conformadoras do sistema constitucional positivo, os quais constituem a matéria dos arts. 1º a 4º, do Título I da Constituição; e “princípios jurídico-constitucionais”, que segundo ele são princípios constitucionais gerais, decorrentes de certas normas constitucionais e muitas vezes desdobramentos dos primeiros, como, por exemplo, o princípio da supremacia da Constituição, da legalidade, da isonomia, da proteção da família, os chamados princípios-garantias do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural etc.

Bustamante reconhece que a doutrina da *fundamentalidade* dos princípios foi relevante para "a sedimentação da eficácia de certas disposições constitucionais de conteúdo político-dirigente, as quais muitas vezes eram negligenciadas com fundamento na tradicional doutrina das 'normas programáticas' e de sua ausência de aplicabilidade ou eficácia jurídica"[284].

Ao lado do critério da *fundamentalidade*, dentre os critérios tradicionais teve grande relevo o critério do *grau de generalidade*. Sobre esse critério fundamenta-se o entendimento, amplamente disseminado, de que a diferença entre uma regra e um princípio seria apenas de grau, já que ambos são espécies de normas, por possuírem, indistintamente, um sentido deôntico de dever-ser de permissão ou proibição de condutas. Nesse sentido, os princípios são normas de grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem um grau de generalidade relativamente baixo[285].

Esses e tantos outros critérios enunciados no sentido de divisar regras e princípios deram ensejo a formulações de teses diversas que vão desde o ceticismo completo quanto à possibilidade de qualquer classificação, até a ideia moderna e amplamente aceita de que a divisão das normas jurídicas entre regras e princípios é possível não só pelas diferenças de graus de generalidade, fundamentalidade e abstração, mas também, e principalmente, por entre elas haver uma diferença *qualitativa*, no dizer de Alexy, ou de *natureza lógica,* no dizer de Dworkin[286]. Vamos tentar nos situar entre essas duas concepções que se completam e dominam o entendimento moderno da estrutura das normas jurídicas no Direito Constitucional.

2.1.1. Ronald Dworkin

---

[284] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*, p. 186-9: "Muitas normas constitucionais que instituíam fins a serem atingidos deixaram, graças em parte a essas teorias, de ser meras fórmulas vazias para se tornarem prescrições com força obrigatória. O que antes não possuía nenhuma força jurídica passou a ser o que há de mais importante para a aplicação do Direito. (...) Sem o reconhecimento do *status* de 'norma de importância fundamental' para certos preceitos constitucionais que 'irradiam seus efeitos' sobre os demais, talvez a Constituição de 1988 não tivesse logrado o *sucesso político-institucional* que alcançou".

[285] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 87.

[286] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

A distinção entre regras e princípios foi identificada inicialmente por Ronald Dworkin como forma de demonstrar criticamente os limites do positivismo jurídico na solução de casos difíceis para os quais uma concepção de direito fundada exclusivamente num sistema de regras é insuficiente. Segundo ele, uma descrição sucinta do positivismo jurídico, em sua marca mais característica, informa que o direito de uma comunidade é o conjunto de regras especiais utilizadas por essa comunidade para determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Dworkin afirma criticamente que para o positivismo jurídico o conjunto dessas regras coincide com o direito, de modo que, se o caso de alguém não estiver claramente coberto por uma dessas regras, tal caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Isso remete a decisão para alguma autoridade pública, geralmente um juiz, que o faz a partir de seu "discernimento pessoal", o que, para Dworkin, significa ir além do direito na busca de soluções que em última análise remete a possibilidade de criação arbitrária da norma[287].

Na tentativa de encontrar uma justificação racional para aquilo que os juízes fazem quando dizem que aplicam o direito, mesmo quando as normas não são claras sobre o que o direito significa, e mais ainda em casos para os quais simplesmente não há norma prevista para a hipótese em julgamento, Dworkin argumenta que os juízes se valem de outras espécies de padrões normativos, que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como *princípios*, *políticas*, e outros tipos de padrões[288]. Dworkin coloca no conceito geral de princípio todos os tipos de padrões normativos que não são regras, mas eventualmente diferencia *princípios* de *políticas*. Dentro do conceito de *política* inclui todos os padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente objetivos coletivos, do tipo *melhora em algum aspecto econômico*, *político ou social da comunidade*. A diferença entre princípio e política, segundo ele, consiste em que, diferentemente da política, o "*princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque*

---

[287] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 27.
[288] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[289].

No que interessa para este estudo, é importante registrar que a diferença que Dworkin faz entre princípios e regras inclui no conceito de princípio todos os padrões que não são considerados regras, ou seja, trata os princípios de modo geral. Assim, uma primeira diferença entre regras e princípios, para Dworkin, é de natureza *lógica*, porque embora tanto princípios quanto regras apontem para decisões em circunstâncias específicas, divergem quanto à natureza da orientação que oferecem. Regras são aplicadas à maneira *tudo ou nada*. Dadas as circunstâncias concretas que coincidam com a regra, as consequências por elas previstas hão que ser implementadas. Se uma regra diz que os testamentos não serão válidos, a menos que contenham a assinatura de três testemunhas, não se pode ter a expectativa de que o juiz vá considerar válido um testamento com apenas duas, a menos que hajam boas razões para tanto. De outro modo, não terá a liberdade de dizer que o testamento é inválido, se atendidas todas as exigências formais, inclusive as assinaturas das testemunhas. Assim, "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão"[290].

Outra diferença entre regras e princípios, segundo Dworkin, consiste em que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm, que se manifesta claramente em situações em que eles colidem. Assim, por exemplo, nos casos em que se opõem os princípios de proteção ao consumidor, de um lado, e o princípio da liberdade de contrato, de outro, quem vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Dworkin reconhece que não é possível uma mensuração exata entre esses pesos relativos, razão pela qual entende que sempre haverá controvérsia. Contudo, essa dimensão de peso é parte integrante do conceito

---

[289] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.
[290] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

de princípio, de sorte que importa indagar em cada caso qual a sua importância e quão importante ele é[291].

O conflito entre as regras se resolve de modo diverso. Não se pode dizer que num mesmo sistema jurídico uma regra é mais importante que outra, de sorte que se estiverem em conflito a de importância maior suplanta a de importância menor. Em caso de conflito, uma delas será considerada inválida, recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras conflitantes, como por exemplo, outras regras que disponham sobre a precedência da norma mais recente, ou da norma mais específica, da norma de maior hierarquia ou coisas do gênero[292]. O conflito também pode ser resolvido caso se considere a inserção de uma exceção nas regras em conflitos. Quanto a isso, Dworkin considera que quando uma regra tem uma exceção, esta regra simplesmente será incompleta caso ela seja enunciada sem que se enunciem ao mesmo tempo as respectivas exceções[293]. E tanto mais exata será a regra quanto maiores e mais específicas forem as exceções.

2.1.2. Robert Alexy

Robert Alexy, para elaborar sua teoria dos direitos fundamentais com base na Constituição da Alemanha de 1949 e da experiência jurisprudencial da Corte Constitucional, dedica boa parte de seu trabalho à elaboração de uma teoria dos princípios, que considera fundamental na compreensão da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, no que toca à teoria dos princípios, parte das formulações de Ronald Dworkin, aprofundando o estudo dos critérios de distinção entre essas duas espécies normativas, para dizer, de início, que princípios são *mandamentos de otimização*. Isso significa que do ponto de vista de sua estrutura, um princípio não só fornece direção para fundamentação de uma decisão, mas mais que isso, ordena que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas[294]. Nesse sentido,

---

[291] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 43.
[292] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 43.
[293] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.
[294] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais, p. 116-120*: As possibilidades fáticas referem-se às medidas concretas que podem se empregadas pelo Estado para fomentar um

o que os princípios determinam possui apenas um caráter *prima facie*. Por que isso? Porque da relevância que um princípio apresenta em um determinado caso não decorre necessariamente aquilo que o princípio, a primeira vista, exige para esse caso. As razões que os princípios representam para determinada decisão, diferentemente das regras, não são definitivas, porque tais razões podem, no caso concreto, ser afastadas em face da existência de razões antagônicas[295].

As regras, por seu turno, na mesma linha de Dworkin, são consideradas por Alexy como normas que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Ou seja, possuem um caráter definitivo, haja vista que seu conteúdo determina a exata medida do que a regra exige, nada mais, nada menos. Por isso, Alexy afirma que a natureza da diferença entre regras e princípios é de ordem *qualitativa*. Contudo, de acordo com Alexy, a diferença entre regras e princípios se mostra com a devida evidência quando se imagina a possibilidade de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Tanto uma situação quanto a outra possuem em comum o fato de que levam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a juízos concretos de dever ser contraditórios. A diferença fica evidente a partir do modo como se resolve esse conflito.

2.1.2.1. O conflito entre regras

De acordo com Alexy, o conflito entre regras resolve-se de dois modos básicos: ou se insere uma cláusula de exceção em uma das regras, razão pela qual não se pode mais falar em conflito, pois elas passam a conviver

---

determinado objetivo, atingindo na menor medida possível um direito fundamental. Assim, se para fomentar um determinado objetivo, com base em determinado princípio, o Estado dispõe de duas medidas igualmente adequadas, mas uma delas afeta mais intensamente um determinado direito fundamental, isso significa que a otimização desse direito proíbe que se adote a medida mais ofensiva, se outra medida é capaz de fomentar o interesse público sem afetar ou afetando menos determinado direito fundamental. A possibilidade fática está associada à análise da necessidade da medida. O exame da necessidade permite apenas privilegiar uma medida em relação a outra. Que uma dessas medidas tenha de ser escolhida não é uma questão para o exame da necessidade, mas sim, para o exame da possibilidade jurídica, ou seja, uma questão de sopesamento entre os princípios colidentes, de um lado o princípio que promove o objetivo estatal, e de outro o princípio que assegura o exercício do direito fundamental restringido por essa medida. Nesse sentido, juridicamente possível será a restrição a um direito fundamental que passe no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

[295] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104.

harmonicamente em nível abstrato; ou, em não sendo possível se vislumbrar uma hipótese de exceção, uma das regras há que ser declarada inválida. Com efeito, valendo para as regras o critério de "tudo ou nada" – ou seja, ou uma regra é válida e se aplica ao caso com todas as suas consequências, ou ela não é válida e não se aplica[296] –, não é possível se cogitar, para uma mesma hipótese fática, que duas regras possam ser aplicadas indistintamente, caso uma delas, em qualquer circunstância, aplicada isoladamente, levasse a resultados contraditórios ou inconciliáveis[297]. A contradição há que ser eliminada por um desses dois meios: inclusão de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou declaração de invalidade de uma delas.

Segundo Alexy, a declaração de invalidade de uma das regras, quando não é possível se cogitar da possibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção em uma delas, nada diz sobre qual das regras deverá receber esse tratamento, ou seja, ser declarada inválida. Neste caso, recorre-se a outras regras que estabelecem critérios para esse tipo de conflito, no sentido de que *a lei posterior derroga a anterior*, *a lei especial derroga a lei geral*, e acrescenta que também é possível se considerar a regra de maior importância, ou seja, considera o critério hierárquico[298]. Dworkin, por sua vez, sustenta, além disso, que um sistema jurídico pode preferir uma regra que seja sustentada pelos princípios mais importantes[299].

Um exemplo de solução de conflito entre regras por meio da inserção de uma cláusula de exceção é o que resulta do confronto entre essas duas situações: uma regra que diz ser proibido sair da sala de aula antes de o sinal tocar e, por outro lado, uma regra que obriga a sair da sala de aula, quando tocar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a condutas contraditórias entre si. Esse conflito se resolve com a inclusão na primeira

---

[296] Atente-se que essa formulação Alexy retira de Ronald Dworkin: *Levando os direitos a sério,* p. 39.
[297] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 92.
[298] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 93.
[299] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 43.

regra de uma cláusula de exceção que diz ser permitido sair antes de tocar o sinal caso soe o alarme de incêndio[300].

Dworkin considera que o enunciado correto de uma regra deve levar em conta a exceção. Se não o fizesse, seria incompleta. É claro, segundo ele, que se a lista de exceções for muito extensa seria difícil demais repeti-la a cada vez que a regra fosse citada, "contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra"[301]. Já os princípios funcionam de modo diverso em caso de colisão, conforme adiante se verá.

2.1.2.1. Colisão entre princípios

Se as regras, abstratamente consideradas, entram em conflito levando a resultados inconciliáveis e esse conflito se resolve com a inclusão de uma exceção em uma delas, ou por meio da declaração de invalidade com base em critérios estabelecidos por outras regras, conforme vimos no item anterior, o mesmo não se pode dizer da colisão entre princípios.

Diferentemente das regras, os princípios possuem uma dimensão de peso, conforme já havia reconhecido Dworkin[302]. Assim, se em face de um mesmo *suporte fático* incidem dois princípios, cada um deles levando a resultados diversos, a solução não se dá por meio da inserção de uma cláusula de exceção, tampouco pela declaração de invalidade de qualquer deles. De acordo com Dworkin, quando dois princípios se intercruzam, "aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um"[303]. Na verdade, isso significa descobrir, com base no sopesamento entre os princípios colidentes, qual deles possui precedência no caso concreto, afastando-se aquele de menor peso. Contudo, por não se declarar a invalidade do princípio afastado, nada impede que em outro caso ele seja preponderante.

---

[300] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 92.
[301] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40.
[302] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 42-43.
[303] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 42.

Alexy aprofunda o estudo das colisões entre princípios, desenvolvendo a *lei da colisão*, segundo a qual: "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência"[304]. Tentemos esclarecer essa formulação começando por indagar, na hipótese de colisão entre princípios, de que modo se pode estabelecer uma *relação de precedência* entre eles, ou seja, o que nos permite, diante de cada caso, afirmar que um princípio possui maior peso que outro? Apenas a fixação das *relações de precedência condicionada* em face de cada caso nos permite dizer qual dos princípios deve ceder.

Alexy ilustra a lei da colisão com base no seguinte exemplo, extraído da jurisprudência da Corte Constitucional alemã[305]:

Imagine-se o caso de um réu que se recusa a comparecer à audiência de instrução em um processo penal no qual ele é acusado de um crime grave, porque em face de problemas de saúde, esse tipo de situação comprovadamente pode lhe causar um derrame cerebral ou um infarto. A Corte Constitucional alemã deparou com esta situação, tendo de decidir entre dois interesses conflitantes: de um lado, o direito fundamental do réu à vida e a integridade física (P_1), de outro lado o interesse público de assegurar a operacionalidade do processo penal (P_2). Cada um desses interesses, se considerado isoladamente, levaria a resultados opostos: se realizada a audiência, estaria em risco a vida e a integridade física do réu; se não realizada a audiência, estaria em prejuízo o interesse público manifestado na operacionalidade do processo penal. Ou seja: P_1impõe: "é proibida a audiência", P_2 implica: "é obrigatória a realização da audiência".

Segundo Alexy, a solução dessa colisão pode ter quatro resultados diferentes, conforme se estabeleça uma *relação de precedência condicionada* ou *incondicionada.* Para os fins deste artigo, levaremos em conta apenas as *relações de precedência condicionadas*, haja vista que a Corte Constitucional

---

[304] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 99.
[305] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 94-97.

rejeita as relações de precedência incondicionada, por se basearem no peso abstrato dos princípios. Princípios abstratamente considerados possuem pesos idênticos, de sorte que não se pode falar de precedência de um em relação a outro. Contudo, diante de condições concretas, podem-se estabelecer *relações de precedência*, de um em relação ao outro. Como símbolo para *relação de precedência* Alexy utiliza o sinal **P**. Qual o critério com base no qual se poderia dizer que um princípio tem precedência em relação a outro? Segundo Alexy, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 *se houver razões suficientes para que* P_1 *prevaleça sobre* P_2 *sob as condições C, presentes no caso concreto*[306].

Nesse sentido, a condição fundamental para saber qual princípio será determinante implica saber sob quais condições qual deles deve ceder e qual deles deve prevalecer. No caso que serve de ilustração, para a Corte Constitucional importa saber se no caso concreto os interesses do acusado têm peso significativamente maior que os interesses do Estado. Identificar as condições concretas para se chegar a essa conclusão implica demonstrar *se* e porque, nas condições dadas, um princípio prefere a outro. Isso requer a existência de uma fundamentação da tese, segundo a qual, sob essas condições P_1 prevalece sobre P_2.

Segundo Alexy, a *condição de precedência* de P_1 encontra sua formulação mais genérica no seguinte enunciado: “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, da Constituição”[307]. Alexy chama atenção para o fato de que esse enunciado demonstra que as *relações de precedência* na verdade não dizem respeito à precedência de um princípio em relação ao

---

[306] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 97.
[307] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 98.

outro, mas indica as *condições* sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental.

Dessa construção Alexy extrai o seguinte *enunciado de preferência* ($P_1 \mathbf{P} P_2$) *C*, onde se lê que o princípio P_1 (preservação da vida e da saúde) tem prioridade sobre o princípio P_2 (operacionalidade do processo penal), sob as condições *C*. Segundo ele, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Disso decorre a *lei da colisão* anteriormente referida, que diz: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”[308].

2.1.2.2. O distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios

Outra diferença fundamental entre regras e princípios, identificada por Alexy, consiste em que as regras trazem em si um mandamento definitivo, ou seja, as regras contêm a determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas[309]. Isso quer dizer que se um direito ou um dever for previsto por uma norma, ele é definitivo caso se verifique a hipótese fática a que a norma se refere. Assim não se dá com os princípios, que impõem deveres apenas *prima facie*, ou seja, um direito fundamental nem sempre equivale à totalidade daquilo que a norma, à primeira vista, enuncia, porquanto o alcance ou a extensão do direito somente será definitivo após o processo de ponderação com outros direitos fundamentais com os quais conflite.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva é elucidativo quando afirma que no caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, haja vista que essa realização, em regra, é sempre parcial, pois depende da confrontação daquilo que é garantido ou imposto *prima facie* com aquilo que é garantido ou imposto *definitivamente*, após o processo de ponderação em que se avalia o peso relativo de um princípio de direito

---

[308] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 99.
[309] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 104.

fundamental em face de outro princípio da mesma natureza, de acordo com as condições fáticas e jurídicas que os envolvem[310].

O distinto caráter *prima facie* dos princípios se manifesta com evidência na hipótese de colisão entre princípios. Se um direito fundamental, *prima facie*, manda que se faça algo na maior medida possível, essa medida, a medida do possível, é necessariamente o resultado da ponderação com outros princípios que impõem restrições ao direito *prima facie*. Assim, fala-se que o caminho que separa os direitos *prima facie* de direitos definitivos é definido de acordo com as *relações de precedência* em cada hipótese de colisão, na qual se verifica o valor ou peso definitivos de um princípio em face das circunstâncias do caso concreto. De sorte que o que é garantido *prima facie* pode não corresponder ao que se garante definitivamente, após o processo de ponderação entre princípios colidentes, em face de circunstâncias do caso concreto.

Para Alexy, "Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas". Já as regras, diversamente, "... têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas" [311].

2.1.2.3. Texto e norma

Outro aspecto relevante na compreensão das diferenças entre princípios e regras carece da necessária distinção que precisa ser feita entre *texto* e *norma*. Essa diferença possui uma importância prática na distinção entre princípios e regras, haja vista a controvérsia doutrinária entre autores que defendem que a distinção entre esses dois tipos de normas é apenas uma questão de grau, que se manifesta após o processo interpretativo[312],

---

310 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais*, p. 45.
311 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p 104.
312 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios,* p. 48: "Nessa direção, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por

compreensão que, se verdadeira, invalida a formulação de Dworkin, endossada por Alexy, no sentido de que as regras diferenciam-se dos princípios, sobretudo, por serem aplicadas no estilo *tudo ou nada*, em hipóteses de conflito, enquanto os princípios, em hipóteses de colisão, após o processo interpretativo, aplicam-se com base no sopesamento, de modo que adquirem o seu real alcance apenas quando analisados relativamente aos princípios colidentes.

Texto ou *enunciado normativo*, de acordo com Ana Paula de Barcellos, corresponde ao conjunto de frases, aos signos linguísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional, ou seja, é a formulação jurídica na ordem do dever-ser, geral e abstrata, contida na lei ou na constituição, embora possa haver também enunciados normativos implícitos ou que decorrem do sistema como um todo. *Norma*, por sua vez, corresponde ao comando específico que dará solução a um caso concreto. A autora ressalta que a *norma* encontra o seu conteúdo legal em um ou mais enunciados normativos, em que pese a possibilidade da existência de normas que sejam extraídas do sistema jurídico como um todo[313]. Norma, assim, é o resultado do processo de interpretação, de sorte que não se confunde com o texto ou enunciado normativo.

Ana Paula de Barcelos ilustra a diferença entre texto e norma com o exemplo extraído da interpretação do art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. O *texto* diz: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". A norma que se extrai desse enunciado pode ser formulada no seguinte sentido: o preso, levado a julgamento, não está obrigado a fazer

---

vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quando os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (...)". Para uma análise crítica e contrária a esse ponto de vista, conferir SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras:* mitos e equívocos acerca de uma distinção, pp. 615-618.

[313] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 58.

declarações que lhe sejam desfavoráveis; ele terá direito ao silêncio e isso não poderá ser usado contra ele.

Segundo a autora, interessante que o mesmo texto, aplicado a uma circunstância concreta diversa que se repete no mundo fático, ensejou a formulação de outra norma pela doutrina e a jurisprudência, aplicável à situação de indivíduos convocados para depor em CPIs, embora não sejam acusados de nada nem estejam presos. O texto acima ensejou a norma mais geral que assegura a qualquer cidadão, convocado para depor perante qualquer órgão do Estado, de quaisquer dos poderes, o direito de permanecer em silêncio e de não prestar qualquer informação que seja prejudicial a seus interesses[314].

Como se pode aferir, as duas normas acima, tanto a que diz respeito ao direito dos presos quanto a que diz respeito aos direitos de pessoas convocadas para depor em CPIs, são distintas, apesar de decorrerem do mesmo enunciado normativo aplicado a diferentes suportes fáticos. Isso demonstra claramente que o mesmo enunciado normativo poderá dar ensejo ao surgimento de normas diversas, em razão de diferentes circunstâncias de fato sobre as quais incida, o que quer dizer, em última análise, que a norma é o resultado do processo interpretativo que exprime um comando extraído ou construído a partir de determinado enunciado para incidir sobre determinada circunstância de fato[315].

A importância dessa concepção de *texto* e *norma* reflete diretamente na compreensão da distinção entre regras e princípios, haja vista que a diferença entre essas duas espécies normativas se dá no nível dos enunciados normativos e não no nível das normas. “Com efeito, princípios e regras são categorias que procuram descrever enunciados que têm estruturas diversas. Quanto às normas, sua estrutura corresponderá em geral a uma *regra*

---

[314] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 58-9.
[315] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 60.

equivalente ao resultado final de uma interpretação ou, eventualmente, de uma ponderação”[316].

No mesmo sentido é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, para quem:

> A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, ‘ser passível ou carente de interpretação’ é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas ‘ser passível ou carente de sopesamento’ é característica exclusiva dos princípios.[317]

Como visto anteriormente, as regras diferenciam-se de princípios a partir de sua estrutura, enquanto textos, ou enunciados normativos, pois ambos, embora indiquem condutas de dever-ser, o conteúdo que expressam não são logicamente idênticos, possuem estruturas diversas. Regras trazem em si, em medidas variadas, comandos definitivos, estabelecendo de imediato o efeito que pretendem no mundo dos fatos. Princípios, diversamente, não possuem em seu conteúdo o estabelecimento de condutas definidas no sentido de sua implementação, mas fornecem razões para a formulação de regras, após o processo interpretativo.

Isso fica claro com o exemplo de Virgílio Afonso da Silva. Segundo ele:

> Partindo-se da premissa de que o texto ‘é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão’ (CF art. 150, VI, d) expressa uma regra, e que o texto ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’ (CF art. 5º, X, primeira parte), um princípio, percebe-se com clareza que ambos carecem de interpretação. Poderá ser discutido, por exemplo, se os termos jornais e periódicos abarcariam também os encartes de propaganda comercial distribuídos juntamente com os jornais,

---

[316] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 61-2.
[317] SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras*: mitos e acertos acerca de uma distinção, p. 617.

> da mesma forma que se poderá discutir o significado de intimidade, vida privada, honra e imagem. Mas, depois que se chega a uma decisão acerca do significado dos primeiros (jornais e periódicos), já é possível, para se usar a expressão positivista de uso corrente na tradição jurídica brasileira, subsumir o fato à norma e aplicá-la ao caso concreto. No segundo caso, mesmo que se chegue a uma decisão sobre o significado dos termos intimidade, vida privada, honra e imagem, ainda assim pode não ser possível proceder à subsunção. Pode ser que outros princípios - principalmente a liberdade de expressão e de imprensa – sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto que, dessa forma, só poderá ser solucionado apos um sopesamento entre os princípios envolvidos. Esse segundo passo – o sopesamento – é característico dos princípios.[318]

Compreendida então, em linhas gerais, a diferença entre princípios e regras, é fácil entender o que diz Alexy, no sentido de que a natureza dos princípios implica a *máxima da proporcionalidade*, e essa implica aquela[319]. De fato, a partir da compreensão do sistema normativo como um sistema de regras e princípios, e considerando que o sopesamento de interesses demonstra que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais pelo menos também como princípios[320], segundo Alexy, afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, decorre logicamente da natureza dos princípios[321].

3 Suporte fático e âmbito de proteção dos direitos fundamentais

Conforme se verá adiante, ao tratarmos especificamente do princípio da proporcionalidade, a utilização desse mecanismo de controle da legitimidade da intervenção de atos estatais no âmbito de proteção de direitos fundamentais requer que se dominem, minimamente, dois conceitos básicos da teoria dos

---

[318] SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras*: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 615-618.
[319] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116.
[320] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 94, nota 32.
[321] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 116-117.

direitos fundamentais, a saber, o conceito de *suporte fático*, e de *âmbito de proteção*. Apesar de intimamente relacionados, tais conceitos não se confundem[322], e sua exata compreensão é necessária na aplicação da regra da proporcionalidade.

3.1 Suporte fático

Classicamente o suporte fático corresponde ao conjunto de fatos, previstos abstratamente pela regra jurídica, e sobre os quais ela incide, ensejando uma consequência jurídica. Assim, temos o *suporte fático* abstrato, que corresponde à previsão, em tese, de um conjunto de fatos que implicam uma consequência jurídica, e o *suporte fático concreto*, equivalente à efetiva *incidência* da norma abstrata na parcela da realidade correspondente. Quando um fato no mundo concreto corresponde ao suporte fático abstrato, tem-se a consequência jurídica prevista pela norma[323]. Nesse sentido, é de fácil definição o suporte fático da regra que diz: "É nulo o negócio jurídico, quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz" (art. 166, I, CC). O suporte fático abstrato coincide com a norma que diz que os absolutamente incapazes não podem realizar negócios jurídicos. Se um menor de 12 anos realiza um contrato de compra e venda (suporte fático concreto), isso implica a consequência jurídica do suporte fático abstrato, qual seja, a nulidade do negócio.

Essa correlação simples entre suporte fático e consequência jurídica muda de perfil quando está em jogo a definição do suporte fático de normas constitucionais que garantem direitos fundamentais, notadamente direitos de defesa[324], que protegem o cidadão contra ações negativas do Estado no

---

[322] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 302: "Os conceitos de âmbito de proteção e de suporte fático devem ser definidos de forma diversa, dependendo da espécie de norma de direito fundamental de que se trate. Mas há algo em comum entre suas diferentes formulações quando ambos são utilizados – como ocorre aqui – como contraparte ao conceito de restrição: eles dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições."

[323] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, p. 3.

[324] Para os estreitos limites desse trabalho, aqui se levará em conta, na definição do suporte fático, apenas os direitos fundamentais de defesa. No que diz respeito aos direitos fundamentais a prestações positivas, como ocorre com os direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia, à educação, deve-se levar em conta que os elementos que compõe o

âmbito de sua liberdade[325]. Assim, conforme exemplifica Virgílio Afonso da Silva, quando a Constituição diz, no art. 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei"; ou no inciso IV, que "é livre a manifestação do pensamento, (...)"; ou ainda no inciso X do mesmo artigo, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", não resta claro, de imediato, o que é protegido nem contra o quê. Tampouco resta especificada a consequência jurídica que poderá ocorrer, e menos ainda o que é necessário ocorrer para que essa consequência jurídica também possa ocorrer[326].

Qual é o suporte fático da norma constitucional que diz "todos são iguais perante a lei?": ou da norma que diz "é livre a manifestação do pensamento?". Não é difícil inferir que o que se protege com essas normas é a "igualdade", e "a liberdade de expressão", mas esses valores, neste caso, representam apenas o *âmbito de proteção* do direito fundamental. Não é possível, apenas com essa informação, vislumbrar-se o real alcance da norma no mundo dos fatos, qual seja, a consequência jurídica de sua violação. Assim, em se tratando de normas de direitos fundamentais, necessária se faz, na definição do suporte fático, a consideração de um segundo elemento: *a intervenção estatal*. Segundo Virgílio Afonso da Silva, esta é a parte *contra intuitiva* da definição, porque tanto o que é protegido (*âmbito de proteção*) quanto aquilo contra o que se protege (geralmente a *intervenção estatal*) constituem o suporte fático dos direitos fundamentais. "Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma *intervenção* nesse *âmbito*"[327].

Há duas teorias divergentes quanto ao alcance do suporte fático das normas de direitos fundamentais: uma teoria que defende um suporte fático

---

conceito de suporte fático (âmbito de proteção, intervenção) devem ser modificados. Assim, "pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentam a realização desse direito"; igualmente diferente deve ser a ideia de intervenção. Em se tratando de direitos sociais, "intervir é não agir ou agir de forma insuficiente" à efetivação desses direitos: Silva, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, pp. 77-8.

[325] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 433.

[326] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 71.

[327] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 71.

restrito, conforme os adeptos da teoria interna, e uma que defende um suporte fático amplo, a partir da concepção de uma teoria externa.

3.1.1. Suporte fático restrito

Quem defende um suporte fático restrito dos direitos fundamentais tenta identificar o âmbito de proteção da norma de direito fundamental com um núcleo essencial, do qual são excluídas desde logo certas ações, estados ou posições. As razões ou critérios para essa exclusão, *a priori*, de certas condutas do âmbito de proteção, variam de acordo com a teoria que se adota. Em geral, quem defende uma teoria do suporte fático restrito não apresenta os critérios pelos quais se possa definir, de antemão, em caráter definitivo, o que deve ou não fazer parte do conteúdo restrito de um direito fundamental[328]. Não faz parte do propósito desse trabalho entrar nesse nível de análise, o que pressupõe considerar autores que desenvolvem uma linha argumentativa no sentido de justificar a concepção de suporte fático restrito de direitos fundamentais[329].

Contudo, importa considerar, ainda que de modo geral, que uma das mais difundidas concepções de suporte fático restrito se ampara essencialmente na contraposição entre os conceitos de *restrição* e *delimitação,* ou seja, "a tarefa principal da dogmática dos direitos fundamentais é a precisa *delimitação* da amplitude fática de cada um desses direitos"[330]. Para os defensores de um suporte fático restrito, os direitos fundamentais não se sujeitam a sopesamentos nem a restrições, porque o seu conteúdo, ou seja, aquilo mesmo que eles protegem, já está previamente delimitado no interior da própria norma, ou seja, *limites imanentes,* que excluem condutas que sejam incompatíveis com a ideia de essencialidade desses direitos.

---

[328] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 98.
[329] Nesse sentido, pode-se referir, a título de exemplo, dentre outros, a *Friedrich Müller, Smend* e *Rüfner*, cujos argumentos de uma concepção restrita dos direitos fundamentais encontram-se analisados por *Robert Alexy* (*Teoria dos Direitos Fundamentais,* pp. 309 e ss.). No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 86 e ss.: O autor expõe e critica as principais estratégias de que se valem os defensores da teoria restrita do suporte fático, para afirmar, em seguida, a assertividade da adoção de uma teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais.
[330] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais,* p. 86.

Nesse sentido, Vieira de Andrade considera a existência de *limites imanentes implícitos* sempre que se possa afirmar com segurança e em caráter absoluto que não é pensável, em caso algum, que a Constituição, ao proteger especificamente certo bem, dê amparo ou cobertura a determinadas situações ou forma de seu exercício. Segundo ele, que sentido teria, por exemplo, "invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos (...)?, ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco (...)?, ou invocar a liberdade de expressão para, através de afirmações falsas, injuriar uma pessoa?". Nesses casos, como em outros semelhantes, segundo o autor, não estamos diante de um real conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, pois o próprio preceito constitucional não apoia essas formas de exercício do direito fundamental[331].

Segundo Virgílio Afonso da Silva, na jurisprudência do STF é possível encontrar tentativas de restringir o suporte fático de alguns direitos fundamentais. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do caso Ellwanger, no qual o relator originário do processo, Ministro Moreira Alves, a partir de uma *interpretação genética*, afirmou que a condenação na prática de *racismo*, prevista no art. XLII da Constituição, deve ser interpretada de modo a compatibilizar o suporte fático com a vontade do legislador constituinte. Com base nesse raciocínio conclui que a prática de discriminação contra judeus ou outros grupos étnicos ou religiosos não está incluída no âmbito de proteção dessa norma, que visa proibir apenas discriminação contra negros[332].

3.1.2. Suporte fático amplo

A teoria que defende um suporte fático amplo como melhor alternativa para a proteção dos direitos fundamentais considera que faz parte do âmbito de proteção de um direito dessa natureza tudo aquilo que milite a favor dessa proteção333. Um direito fundamental, nesse sentido, ainda que à primeira vista possa parecer não amparado pelo sistema jurídico, somente será considerado

---

[331] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, pp. 276-7.
[332] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 84.
[333] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 322.

rejeitado, ou seja, fora do âmbito de proteção constitucional, quando confrontado, por meio do sopesamento, com outros direitos colidentes. Nisso se inclui até mesmo hipóteses que seriam rejeitadas, por evidentemente fora do âmbito de proteção no sentido restrito, como os exemplos a que se referiu acima, de sorte que primeiro se amplia o campo de proteção prima facie dos direitos, para num segundo momento se chegar ao direito definitivo, consideradas as razões contrárias que justificam sua restrição.

Alexy traz o exemplo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quanto ao conceito de “liberdade de imprensa”. Segundo ele, quem defende um suporte fático restrito dessa liberdade considera que “imprensa é apenas a publicação de notícias e opiniões de cunho político, cultural ou filosófico, bem como outras reportagens objetivas em jornais e revistas”. Contudo, o referido tribunal defende uma interpretação ampla no sentido de considerar que a liberdade de imprensa não se limita a uma imprensa séria. Isso não significa que devam se proteger quaisquer órgãos de imprensa, com quaisquer tipos de matérias, mas sim, significa a possibilidade de levar em consideração as características específicas de cada publicação por meio do sopesamento entre a liberdade de imprensa e outros bem jurídicos protegidos constitucionalmente[334].

Um exemplo de concepção de suporte fático amplo de direitos fundamentais foi considerado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso Ellwanger, que ao se referir ao conceito de racismo (art. 5º, XLII, CF), para fins de aferir os limites da liberdade de imprensa quanto a conteúdos ofensivos à personalidade e dignidade dos judeus, incluiu não apenas discriminações contra a raça negra, mas todas as suas formas de manifestação, inclusive o antissemitismo[335]. O exemplo demonstra que,*prima facie*, é assegurado ao cidadão o direito de proteção contra toda e qualquer espécie de discriminação, e que será considerada racista manifestação ofensiva às pessoas não só em decorrência de sua condição biológica, como a

---

[334] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 323.
[335] STF, HC 82.424-2-RS, Relator para o Acórdão: Ministro Maurício Correia, DJ de 19/03/2004.

cor negra, por exemplo, mas quaisquer discriminações em razão de fatores históricos, sociais, psicológicos, culturais etc. Mas essa garantia ampla de proteção é apenas provisória, *prima facie*. Será definitiva apenas quando confrontada com outras garantias, e depois de um processo de ponderação com base nas circunstâncias do caso concreto, que podem, eventualmente, justificar uma restrição a esse âmbito de proteção, quando se manifestarem valores para cuja proteção o Estado tenha maiores razões para proteger.

Robert Alexy considera o suporte fático de um direito fundamental composto por dois elementos: o *âmbito de proteção* e a *intervenção*. Segundo ele, o suporte fático restrito simplesmente descreve o bem protegido, o qual pode ser interpretado como coincidente com o *âmbito de proteção*. A isso há de incorporar-se o conceito de *intervenção*, uma vez que "a abrangência da proteção *prima facie* de um direito fundamental depende, em igual medida, da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção"[336].

Virgílio Afonso da Silva analisa esse conceito de suporte fático concebido por Alexy como adequado, mas propõe um modelo alternativo, no qual inclui no conceito de suporte fático não só o *âmbito de proteção* e a *intervenção*, mas também a *não-fundamentação constitucional*. Assim, se para a Alexy a *consequência jurídica* decorre da soma do *âmbito de proteção* e da *intervenção estatal*, para Virgílio Afonso a *consequência jurídica* ocorre com a soma do *âmbito de proteção,* mais a *não fundamentação constitucional da intervenção estatal*. Ou seja, se algo é garantido pelo *âmbito de proteção* de algum direito fundamental e se não há *fundamentação constitucional* para uma ação estatal que intervém nesse direito, então deverá ocorrer a *consequência jurídica* prevista pela norma de direito fundamental, ou seja, o dever do estado de não intervir[337].

Assim, conforme o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, em vez de se preocupar – como o faz a teoria restrita – com justificativas ou razões para

---

[336] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 304-5.
[337] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 74-75.

definir de antemão o âmbito de proteção de um direito fundamental, bem como definir a extensão do conceito de intervenção nesse âmbito de proteção, a teoria do suporte fático amplo concentra sua atenção no momento da fundamentação da intervenção[338].Nesse sentido, quando se trata de saber qual é o suporte fático de um direito fundamental, trata-se de saber qual é a consequência jurídica da norma que prevê esse direito quando todas as condições dessa norma são satisfeitas.

4 O princípio da proporcionalidade

Apesar da existência de estudos que procuram identificar a utilização do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[339], o que se vê quando se procede a uma análise desses casos é que eles indicam, na verdade, referências genéricas e superficiais acerca de uma ideia de proporcionalidade no sentido *lato*, não enquanto técnica de decisão que conceba esse princípio como decorrência lógica da concepção de direitos fundamentais como um sistema de princípios, associada à ideia de otimização.

Veja-se, por exemplo, que Gilmar Mendes considerou como “um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade* entre nós” a decisão proferida na Representação nº 1.077, de 28.3.84, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional dispositivo de lei do Estado do Rio de Janeiro que fixava de modo genérico o percentual de 2% a título de taxa judiciária. O Ministro Moreira Alves, relator, considerou que a natureza jurídica dessa exação tem o sentido de contraprestação. Como tal, seu montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte, ou seja, o valor real do pedido. Impor um valor fixo de 2% sobre o valor do pedido implica a possibilidade de exorbitância e de incompatibilidade entre o valor cobrado e o custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte, em causas a partir de determinado valor.

---

[338] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 94.
[339] Nesse sentido, veja-se: "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras". *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, 14 (2000): 361-372.

Gilmar Mendes identificou a utilização do princípio da proporcionalidade, neste caso, associado à ideia de "equivalência razoável" entre o custo real do serviço e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado, nos termos do voto do relator. É fácil perceber que a proporcionalidade de que se cuida neste caso diz mais respeito à ideia de *razoabilidade como equivalência*, ou seja, a relação que se estabelece entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, conforme a análise de Humberto Ávila acerca da mesma decisão[340]. De fato, não se está diante de um *entrecruzamento horizontal* de princípios, nem de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, mas sim, diante de uma relação de equivalência entre a medida adotada (taxa de 2% sobre o valor do pedido) e o critério que a dimensiona (custo real do serviço). É o mesmo raciocínio que se aplica em face da exigência de que as penas devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do agente.

Contudo, o princípio da proporcionalidade é coisa bem diversa de um mero juízo de razoabilidade[341]. Não se vai aprofundar esse tema neste estudo, haja vista que para os fins que se buscam basta a exposição do princípio da proporcionalidade do modo como ele foi concebido na prática da jurisprudência alemã. A afirmação desse princípio, por si mesma, como técnica racional de aferição da legitimidade de atos que interferem no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é bastante para a análise da adequação da utilização desse método pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme proposto no início deste trabalho.

Em que pesem as referências à utilização do *princípio da proporcionalidade* pela jurisprudência do STF, certo é que essa técnica não faz

---

[340] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 170.
[341] Sobre a diferença entre o *princípio da proporcionalidade* e o *princípio da razoabilidade*, veja-se: ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, pp. 163 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais 798 (2002), pp. 28 e ss.

parte da tradição da jurisdição constitucional pátria[342]. Trata-se, na verdade, da importação da prática alemã[343] e também de mimetismo da doutrina portuguesa, que se refere ao princípio da proporcionalidade *em sentido amplo* como “princípio da proibição de excesso”[344]. Neste caso, ressalte-se que a imposição de observância da proporcionalidade na edição de atos legislativos está positivada na própria Constituição portuguesa, conforme registra Canotilho, notadamente em seu artigo mais expressivo nesse sentido (art. 18º/2)[345].

Não é o caso do Brasil, cuja constituição apenas faz referência à ideia de proporcionalidade em diversos artigos em seu sentido laico[346], e não como princípio constitucional positivado no sentido de impor, expressamente, limites ao poder de conformação do legislador.Não quer dizer que não se possa controlar os atos do poder público por exorbitantes a ideia de proporcionalidade. Apenas há que se considerar que a utilização do princípio

---

[342] “Muitas vezes é a fundamentação simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro” (SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, p 33).

[343] Não por acaso, várias decisões do STF que utilizam a técnica da proporcionalidade costumam partir de exemplos extraídos da jurisprudência da Corte Constitucional da Alemanha. É o que se vê, por exemplo, no voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso *Ellwanger* (HC 82.424-2/RS), onde se refere ao precedente alemão do chamado caso *Lebach* (*BVerfGE 35, 202*). Também é o que se constata no julgamento da IF 164-1/SP, na qual o Ministro Gilmar Mendes se utilizou do paradigma jurisprudencial da Corte Alemã na decisão sobre *numerus clausus* de vagas em universidades, onde ficou assentada que as pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à *reserva do financeiramente possível* (*BVerfGE 33, 303 (333)).*

[344] Virgílio Afonso da Silva critica o uso indistinto de *princípio da proporcionalidade* como *princípio da proibição de excesso*. Em que pese reconhecer que a *proibição de excesso* está, na origem, associado ao princípio da proporcionalidade, como instrumento de controle de excessos dos poderes estatais, é cada vez maior sua utilização para controle de *omissões* ou contra *ações insuficientes* dos poderes estatais, quando se trata de proteção de direitos fundamentais baseados em ações positivas do Estado. Nesse sentido, reconhecendo que esse debate ainda é embrionário, mesmo assim, a simples possibilidade de aplicação da regra da proporcionalidade a casos que não se relacionem com um excesso estatal já é bastante para se abandonar o uso sinônimo da regra da proporcionalidade e da proibição de excesso (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável,* p. 28)

[345] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 259.

[346] Paulo Bonavides, depois de citar diversos dispositivos da CF 88 em que identifica uma referência à ideia de proporcionalidade (ex: art. 5º, V. X. XXV; 7º, IV, V, XXI; 37, IX; 40, III, *c* e *d*; 71, VIII; 129, II e IX; 170, *caput* etc.), conclui que “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a cautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional,* pp. 434-5).

da proporcionalidade – quer seja ele concebido como positivado na ordem constitucional, quer seja concebido como decorrência dos direitos fundamentais, ou ainda do estado de direito[347] –, há que ser feita, para alcançar o propósito de racionalidade do processo decisório, de acordo com a técnica que o inspira no interior da teoria de que emana a sua formulação.

Isso implica levar em conta, necessariamente, a ideia de "otimização" da teoria dos princípios, conceito que decorre da própria definição de princípios como mandamentos de otimização, ou seja: saber se uma medida que atinge um direito fundamental é proporcional, implica identificar a medida restritiva e sopesar os princípios colidentes: de um lado o direito fundamental restringido, de outro o direito fundamental ou interesse público promovido com a adoção da medida, avaliando a partir das circunstâncias do caso concreto se o grau de restrição ou interferência se justifica em face dos valores promovidos.

A otimização dos princípios de direito fundamental se faz por meio das máximas parciais da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. As máximas da *adequação* e da *necessidade* significam a exigência da maior realização possível em relação às possibilidades fáticas[348]. A máxima parcial da *proporcionalidade em sentido estrito* indica a máxima realização em face das possibilidades jurídicas, ou seja, um princípio será

---

[347] Há grande controvérsia acerca da *dimensão normativa* do princípio da proporcionalidade no direito pátrio, entendendo uns que ele está positivado na CF, outros defendendo que ele decorre da ideia de estado de direito, e há quem defenda que ele decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais. Nesse sentido, veja-se, por todos: SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável,* pp. 43 e ss.

[348] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais, p. 116-120*: As possibilidades fáticas referem-se às medidas concretas que podem se empregadas pelo Estado para fomentar um determinado objetivo, atingindo na menor medida possível um direito fundamental. Assim, se para fomentar um determinado objetivo, com base em determinado princípio, o Estado dispõe de duas medidas igualmente adequadas, mas uma delas afeta mais intensamente um determinado direito fundamental, isso significa que a otimização desse direito proíbe que se adote a medida mais ofensiva, se outra medida é capaz de fomentar o interesse público sem afetar ou afetando menos determinado direito fundamental. A possibilidade fática está associada à análise da necessidade da medida. O exame da necessidade permite apenas privilegiar uma medida em relação a outra. Que uma dessas medidas tenha de ser escolhida não é uma questão para o exame da necessidade, mas sim, para o exame da possibilidade jurídica, ou seja, uma questão de sopesamento entre os princípios colidentes, de um lado o princípio que promove o objetivo estatal, e de outro o princípio que assegura o exercício do direito fundamental restringido por essa medida. Nesse sentido, juridicamente possível será a restrição a um direito fundamental que passe no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

otimizado de acordo com o seu peso relativo, o que se faz a partir da lei do sopesamento, que tem o seguinte enunciado: "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[349].

Segundo Virgílio Afonso da Silva, as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito guardam entre si uma relação de subsidiariedade, ou seja, não são aplicadas aleatoriamente. Isso implica importantes consequências, porque "a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível,se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade"[350].

Feitas essas considerações, passemos a analisar cada uma das máximas parciais do princípio da proporcionalidade, de acordo com sua formulação na teoria dos princípios, de Robert Alexy.

4.1 Adequação

O teste de adequação é necessariamente o primeiro passo na análise da regra da proporcionalidade. Significa que uma medida destinada à promoção de um objetivo estatal seja apta para atingir, ou pelo menos promover suas finalidades. Nesse sentido, fala-se de uma relação entre meio e fim, ou seja, saber se uma medida é adequada significa responder à pergunta: "a medida adotada é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?"[351] Neste caso, a resposta não precisa trazer um grau de certeza absoluta, pois o teste de adequação visa apenas eliminar medidas que sejam absolutamente impertinentes ou manifestamente incapazes de promover o fim almejado pelo poder público. Com efeito, conforme registra Bustamante, muitas vezes um perfeito equacionamento entre meios e fins depende de informações e

---

[349] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 593 (*Posfácio*, 2002).
[350] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 35.
[351] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 170.

circunstâncias não disponíveis pela Administração[352]. É por isso que Alexy diz que a "máxima da adequação" tem natureza de um *critério negativo*, ou seja, ela elimina meios não adequados. "Um tal critério negativo não determina todas as coisas, mas elimina algumas"[353].

Humberto Ávila considera a análise da adequação em várias dimensões, conforme sejam as respostas que se dêem às seguintes questões: o que significa um meio ser adequado em relação a um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo poder público?[354] Para os fins desse estudo, interessa em maior medida a resposta à primeira questão. Nesse sentido, segundo o autor, para responder se um meio é adequado, é preciso que se analisem as espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover, de modo que se possa aferir que dentre os meios disponíveis, um deles seja mais apto à promoção da finalidade da medida. Na linha de entendimento desse autor, é certo que um meio pode ser adequado em vários aspectos, se considerado relativamente a outros meios, tais como, quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Assim, um meio pode ser mais adequado que outro em termos de intensidade, mas menos adequado em relação à qualidade ou à certeza.

O autor exemplifica essa relação com a seguinte hipótese: a escolha de uma vacina para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que elimine todos os sintomas da doença (superior em termos qualitativos) mas que não tenha a eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos qualitativos) já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos). Essa comparação serve para se extrair a conclusão que, na análise da adequação, a Administração e o Legislador não estão obrigados a escolher o meio mais intenso, melhor e mais seguro para atingir o fim, mas sim,

---

[352] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*, p. 255.
[353] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 590 (*Posfácio*, 2002).
[354] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 177.

tem o dever apenas de escolher o meio que simplesmente promova o fim. E dentre as várias razões que se poderiam elencar para justificar esse âmbito de discricionariedade, parece suficiente a razão de que "A Administração pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir o fim"[355].

4.2. Necessidade (ou exigibilidade)

O exame da necessidade também se enquadra dentro da análise das possibilidades fáticas de otimização de um direito fundamental. Assim, ela exige que em face de dois meios aproximadamente adequados escolha-se aquele que intervém de forma menos intensa no direito fundamental. Segundo Virgílio Afonso, enquanto a adequação é *um exame absoluto e linear*, ou seja, refere-se puramente a uma relação de meio e fim entre uma medida e um objetivo, *o exame da necessidade é uma análise comparativa* da medida adotada com outras que sejam igualmente eficazes para a promoção do mesmo fim, com possibilidade de menor interferência no direito fundamental. Nesse sentido, uma medida é considerada necessária, se e somente se, sendo ela adequada, outra não houver, igualmente ou aproximadamente adequada, que seja capaz de promover o mesmo fim, com menor grau de interferência no direito fundamental[356].

Alexy relaciona a máxima da proporcionalidade à teoria dos princípios. Nesse sentido, tenta demonstrar que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais decorre da natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Para demonstrar isso Alexy se utiliza do que ele chama de constelação mais simples que um exame de necessidade pode ter, em que coloca apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão)[357]. Ele exemplifica do seguinte modo:

---

[355] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 178.
[356] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 171.
[357] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 119.

O Estado fundamenta a persecução de determinado objetivo (Z) com base no princípio P_1 (ou P_1 é igual a Z). Para tanto ele dispõe de pelo menos duas medidas, que são igualmente adequadas: M_1 ou M_2, ambas capazes de promover, indistintamente, o objetivo do Estado. M_2 afeta menos intensamente que M_1 (ou simplesmente não afeta) aquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio (P_2) exige. Neste caso, tanto M_1 quanto M_2 são indiferentes em relação ao princípio promovido pelo Estado P_1. Contudo, o mesmo não ocorre em relação a P_2, que é menos afetado, caso se adote a medida M_2. Disso decorre, logicamente, que a medida M_1 é proibida, porque atinge em maior intensidade um direito fundamental em conflito, sem que isso represente qualquer vantagem para a promoção do princípio promovido pelo Estado P_1.

> Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que "o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo"[358], decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.[359]

Segundo Alexy, as possibilidades fáticas e jurídicas se inter-relacionam nessa constelação mais simples. Se tanto M_1 quanto M_2 dificultam a realização do direito fundamental P_2 e uma dessas medidas interfere em menor escala a realização desse direito fundamental, isso quer dizer que essas medidas não esgotam o campo das possibilidades fáticas da satisfação de P_2, haja vista que esse direito fundamental seria mais bem protegido se nenhuma das medidas fosse adotadas. O exame da necessidade permite apenas privilegiar uma medida em face da outra. Contudo, que uma das duas medidas tenha de ser

---

358 *BVerfGE* 38, 281 (302).
359 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 119.

escolhida é uma questão que **possibilidade jurídica**, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito).

> É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.[360]

4.3. A proporcionalidade em sentido estrito

Aferindo-se que uma medida é *adequada* e *necessária*, importa saber se ela é *proporcional em sentido estrito*, ou seja, impõe-se se que proceda a uma comparação, em face de princípios colidentes, entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Isto implica responder à seguinte pergunta: "o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?" Segundo Humberto Ávila, o exame da proporcionalidade em sentido estrito é bastante complexo, pois "o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva"[361].

Segundo Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa o significado da otimização em relação aos princípios colidentes, e é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[362]. Em outras palavras: "o que ela exige é que os fins pretendidos por uma medida supere os efeitos colaterais que ela provoque"[363].

Segundo Alexy, essa lei mostra que o sopesamento pode ser dividido em três fases: primeiro se avalia o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios. Em seguida se avalia a importância da satisfação do

---

[360] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 120.
[361] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 185.
[362] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 593 (*Posfácio*, 2002).
[363] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem,* p. 259.

princípio colidente. Por fim, pondera-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro[364].

Um exemplo de Alexy[365], extraído da jurisprudência alemã, pode facilitar a apreensão desse juiz de proporcionalidade em sentido estrito. Um oficial da reserva foi chamado de "assassino nato" e "aleijado", em duas edições da revista satírica Titanic.O oficial propôs ação e obteve a condenação da revista em multa de 12.000 marcos alemães. A revista propôs uma reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal, o qual realiza um sopesamento com base nos elementos do caso. De um lado está a *liberdade de manifestação do pensamento* e de outro está o *direito geral de personalidade* do oficial da reserva.

As intensidades de afetação desses direitos foram analisadas. A condenação em dinheiro foi considerada de alto impacto**,** ou seja, uma intervenção séria na liberdade de expressão.Isso é justificado, sobretudo, porque a imposição da multa poderia inibir a futura disposição dos afetados de editar sua revista do modo como sempre foi feito.

O tribunal analisa a alcunha de "assassino nato" no contexto da matéria, e conclui que isso não é uma afetação grave, mas apenas moderada ou talvez leve no direito da personalidade, pois na mesma matéria, o adjetivo nato é empregado de modo jocoso que às vezes beira à tolice, em contextos diversos, como, por exemplo, quando chama o presidente da república de "burguês nato". O tribunal concluiu que a intervenção na liberdade de expressão por meio de multa foi desproporcional em face da pouca gravidade da alcunha "assassino nato" no contexto das circunstâncias do caso, ou seja, na matéria publicada.

Mas quanto à alcunha "aleijado", a posição foi noutro sentido, pois a corte considerou que sendo ele, de fato, tetraplégico, tratá-lo desse modo (aleijado) feria seriamente o seu direito de personalidade. Isso é fundamentado argumentativamente porque hoje em dia chamar uma pessoa com deficiência

---

[364] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 594 (*Posfácio*, 2002).
[365] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 596 e ss. (*Posfácio*, 2002).

física de aleijado é visto como uma humilhação, uma manifestação de desrespeito. Em decorrência desse fundamento, o tribunal considerou adequada a ponderação feita na instância *a qua*, haja vista entender que uma séria intervenção na liberdade de expressão estaria justificada por uma séria afetação dessa liberdade no direito fundamental à personalidade.

5 A Intervenção Federal nº 164-1 – SP

No início desse trabalho nos propusemos a fazer uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, procedida na Intervenção Federal nº 164-1, fundada na inadimplência do Estado de São Paulo quanto ao pagamento de precatórios de natureza alimentícia, determinado por ordem judicial. A Corte achou por bem indeferir o pedido, por maioria, após exercer um juízo de ponderação chegando à conclusão de que a intervenção, em decorrências das peculiaridades das finanças do Estado de São Paulo demonstradas nos autos, não atendia ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a medida (intervenção), prevista na hipótese para *prover a execução de decisão judicial* (CF, art. 34, VI), implicava, concretamente, prejuízos à eficácia de outras normas constitucionais, como a continuidade de serviços públicos de saúde e educação.

Antes de qualquer coisa, parece inarredável a constatação de que o princípio da proporcionalidade, como método de decisão, neste caso, fora escolhido pela Corte levando em consideração o seu *sentido amplo*, ou seja, o sentido laico que decorre de seu *domínio lógico* apto a ser aplicado aos conflitos de bens jurídicos de qualquer natureza, conforme registra Canotilho[366]. A despeito disso, ao mesmo tempo se verifica que a Corte realiza ponderação em sentido estrito, como técnica de solução de conflitos entre princípios de direitos fundamentais, nos termos da teoria dos princípios, de Robert Alexy, que implica a adoção da máxima da proporcionalidade, com

---

[366] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 264.

aferição de ocorrência de suas três máximas parciais da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Essa confusão metodológica dificulta a análise da racionalidade da argumentação desenvolvida, porquanto não é possível saber se o STF efetivamente chegou à conclusão a que chegou por considerar a intervenção, nas circunstâncias do caso, uma medida *inadequada*, o que significa dizer, *desarrazoada*, ou se, diferentemente, considerou a intervenção uma medida efetivamente incompatível com o princípio da proporcionalidade, o que significa dizer, tecnicamente, que a intervenção, no caso, é *adequada e necessária*, mas não poderia ser imposta ao Estado de São Paulo, porque os fins a que ela se propõe (*prover ordem ou decisão judicial*) implicam afronta *ao princípio da autonomia dos estados* com graves consequências na satisfação de outros interesses públicos, também protegidos constitucionalmente, ou seja, a medida, em última análise, seria *desproporcional em sentido estrito*.

Com efeito, diz o voto condutor do acórdão: *“*A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, (...)”. Está claro: ao mesmo tempo em que a corte reconhece a vinculação do princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais, defende sua utilização genérica para solução de qualquer espécie de conflito. Esse pensamento é confirmado no trecho seguinte, em que a Corte assim se manifesta:

> Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental *ou um conflito entre distintos princípios constitucionais*, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. (...) (destacamos).

A justificativa pela opção da técnica de decisão com base no princípio da proporcionalidade pressupõe, necessariamente, a aferição de uma antinomia entre princípios diversos, os quais, isoladamente aplicados ao mesmo suporte

fático levariam a decisões opostas, ou contraditórias. Assim, impor-se-ia a necessidade de uma ponderação entre os princípios colidentes, no sentido de conferir, nas circunstâncias do caso concreto, quais são as condições reais que fariam com que um princípio prevaleceria em face de outro, a partir da adoção de determinada medida.

A antinomia detectada no voto condutor do acórdão diz respeito à suposta colisão que exsurge no processo de intervenção entre *"*a posição da União, no sentido de garantir a eficácia daqueles princípios constantes do art. 34, da Constituição, e a posição dos Estados e do Distrito Federal, no sentido de assegurar sua prerrogativa básica de autonomia*"*. Com base nesse *conflito*, a Corte considera *"*adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio da proporcionalidade*"*. Diante disso, é de se indagar: existe mesmo um conflito entre princípios? Esse conflito diz respeito a princípios de direitos fundamentais? Ou trata-se na verdade de uma antinomia apenas aparente, de sorte que o caso poderia ser resolvido mediante as técnicas tradicionais da interpretação sob a lógica da subsunção?

O primeiro passo para responder minimamente a essas perguntas, e assim poder se proceder a um juízo crítico do método de decisão empregado no processo de intervenção consiste em identificar os enunciados normativos em tensão, ou seja, quais são os princípios, ou regras, que em face da adoção da medida de intervenção, se aplicados isoladamente, levariam a resultados divergentes? A importância da resposta a essa questão justifica-se à medida que sem a identificação de enunciados normativos em conflito não há falar em possibilidade de recurso ao princípio da proporcionalidade, e, por conseguinte, à ponderação[367].

A decisão carece de clareza nesse sentido. Num primeiro momento a Corte identifica como justificativa para a adoção do princípio da proporcionalidade uma suposta tensão entre a posição dos entes federados em face da possibilidade de intervenção, a saber: de um lado o interesse da União em garantir eficácia aos princípios constantes do art. 34 (não indica

---

[367] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 92.

precisamente que princípios seriam esses) e, de outro, a posição do Estado em garantir sua prerrogativa básica de autonomia. Aqui não se vê, em verdade, um conflito normativo propriamente dito, a justificar a opção pela regra da proporcionalidade. Com efeito, o enunciado normativo que fundamenta o pedido de intervenção, previsto no art. 34, VI, da Constituição, possui natureza de regra e não de princípio. De fato, não se está diante de um texto caracterizado por um conteúdo aberto ou indeterminado, mas sim, diante de uma regra cujo conteúdo é determinado e contém já na sua própria literalidade todas as condições para a sua aplicação, ou seja, o texto normativo indica por si só a hipótese de incidência do suporte fático e a correspondente consequência jurídica, senão vejamos:

> **Art. 34**. A União **não intervirá** nos Estados nem no Distrito Federal, **exceto para**:
> ....
> VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.
> .... (destacamos)

A norma que decorre desse enunciado expressa uma regra que diz, precisamente, que “Não haverá intervenção da União nos Estados nem no Distrito Federal, salvo para, dentre outras hipóteses previstas constitucionalmente, garantir a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial”. A norma pode ser expressa de outras formas, como:“O ente federado (Estado ou Distrito Federal), apesar de gozar de autonomia, está sujeito à intervenção federal, quando, dentre outras hipóteses, deixar de dar execução à lei federal, ordem ou decisão judicial”. O suporte fático dessa norma coincide com uma exceção à regra da não intervenção, o que quer dizer que quando o Estado ou o Distrito Federal negam execução à lei federal, ordem ou decisão judicial, sujeitam-se à intervenção.Veja-se: a regra traz em si todas as condições para a sua aplicação, de modo que, verificada a hipótese fática (negativa de execução à ordem ou decisão judicial), verifica-se, automaticamente, sua consequência jurídica (intervenção).

Como se nota, não há dois enunciados normativos que estão em conflito, mas sim, apenas um enunciado normativo que excepciona a regra da não intervenção. Não se pode dizer, apropriadamente, que o inciso VI do art. 34 da CF, ao proteger a defesa da ordem constitucional, mantendo a autoridade das decisões judiciais, e com isso, preservando uma das condições de existência do regime democrático, qual seja, Poder Judiciário independente, esteja colidindo, abstratamente, com o princípio da autonomia dos Estados e Distrito Federal. Tampouco se pode dizer que exista um princípio de "proteção constitucional às decisões judiciais", ao menos com base no art. 34, VI, da CF.

Ora, o que essa regra protege é a *defesa da ordem constitucional*[368]*,* que se faz necessária a partir da proteção de uma série de valores, sem os quais não se manteria o próprio estado federal, de sorte que ao lado das decisões judiciais encontram-se outros valores protegidos compondo um núcleo fechado de restrições à autonomia dos entes federados, de que é exemplo *a forma republicana*, *o sistema representativo* e *o regime democrático* (CF, art. 34, VII, *a*). Então, prover a execução de ordem judicial não é uma finalidade em si mesma, mas sim, um meio para atingir um objetivo maior, que outra coisa não é senão *a defesa da ordem constitucional*. Dizer, portanto, que uma exceção a uma regra expressamente prevista na Constituição Federal constitui conflito normativo somente faz sentido se se ignora o fato de que a regra, com suas exceções, constitui um único comando normativo.

Vislumbrar a existência de conflito normativo entre uma regra e suas exceções expressamente previstas no mesmo enunciado normativo significa conceber, por exemplo, em face da norma do art. 5º, XI, da Constituição, que quando o juiz expede um mandado de busca e apreensão criminal a ser cumprido durante o dia em uma residência, com o fim de instruir um processo penal, caso o morador se recuse a acatar o ingresso dos Oficiais de Justiça, estar-se-ia diante de um conflito entre princípios que exigiriam uma ponderação, a saber: de um lado, a *inviolabilidade do domicílio* e de outro o *princípio da verdade real*. Parece claro que, ainda que se exija, para a correta

---

[368] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo,* p. 486.

interpretação dessa norma, uma delimitação do conceito de domicílio e *dia*, ou ainda que se possa especular se o *consentimento do morador* precisa ser expresso ou pode simplesmente ser tácito, certo é que seria impróprio falar de conflito, na hipótese, haja vista que o próprio constituinte, ao prever o direito (não violação de domicílio), fez uma opção pela não incidência dessa proteção nas hipóteses expressamente previstas na Lei Maior. Assim, é verdade que o domicílio é inviolável, mas essa inviolabilidade sofre algumas restrições em face da necessidade de proteção de outros valores jurídicos.

Do mesmo modo, quando o constituinte diz que "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal", mas expressamente indica hipóteses em que a intervenção poderá ocorrer, outra coisa não faz senão, por meio da inserção de cláusulas de exceção, especificar com a máxima clareza possível, as circunstâncias em que a regra geral (não intervenção) sucumbirá para dar lugar à suspensão temporária da autonomia do ente federativo. O que outra coisa não significa, senão, uma tentativa de deixar o mais claro possível o enunciado da regra[369].

Assim, quando se diz que é apenas aparente o conflito em que se baseia a Corte para justificar a adoção do princípio da proporcionalidade como método de decisão, faz-se em decorrência de uma constatação simples: a medida (*intervenção*) não é um fato externo à norma, que tem como consequência, eventualmente, afronta ao princípio da autonomia dos entes federados. Pelo contrário, a intervenção, fundada na aferição de ocorrência de uma das hipóteses que a justificam, constitui consequência jurídica excepcional da regra da "não-intervenção". Portanto, do ponto de vista lógico da estrutura normativa da Constituição Federal, não é correto dizer que a "proteção constitucional das decisões judiciais" está em conflito com a "autonomia do Estado", pois o próprio constituinte, ao prever a autonomia como um valor relevante, estipulando uma regra de não intervenção, relativizou essa proteção

---

[369] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 40: "A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra".

da autonomia, estabelecendo taxativamente as hipóteses em que ela não prevalece.

Isso não quer dizer, evidentemente, que se terá intervenção em toda e qualquer hipótese em que se verificar que o Estado não cumpriu uma decisão judicial. É claro que de acordo com as condições do caso concreto, em que se verifiquem hipóteses que abstratamente consideradas ensejariam a incidência da exceção constitucional, poder-se-á afastar a incidência da norma por meio de processos argumentativos que demonstrem que sua aplicação ao caso levaria a um resultado inaceitável. Mas aí não mais se está no campo da ponderação de princípios por meio da técnica da proporcionalidade, que exige uma relação de casualidade entre meios e fins, mas sim em face de um juízo de adequação entre a norma e sua consequências, levando-se em consideração as *condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos*[370].

Ainda que se estivesse rigorosamente diante da hipótese de conflito normativo, para levarmos em consideração os termos da decisão da Corte nesse sentido, tal conflito não diz respeito à colisão de princípios de direitos fundamentais. Com efeito, apesar de Canotilho fazer referência ao princípio da *proibição de excesso* como sinônimo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo[371], e a despeito de o STF entender que*“(...) as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre normas (...) tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos”*, certo é que o *princípio da proporcionalidade*, nos termos em que foi concebida na doutrina alemã, desde a época de sua formulação mais precisa com a decisão de março de 1971[372], sempre esteve associado à ideia

---

[370] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*, p. 265.
[371] CANOTILHO, J. J. Gomes*. Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 264.
[372] *BVerfGE*, 30, 316: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental” (Tradução de Willis Santiago Guerra Filho, *in Teoria processual da constituição*, p. 84.)

de mecanismo de controle de excessos do poder público na esfera de direitos fundamentais dos indivíduos.

A *intervenção* não é uma medida que se situe dentro do âmbito de discricionariedade do Estado para a promoção de interesse público ou de direito fundamental, cuja consequência possa ser a interferência no âmbito de proteção de outro direito fundamental. As hipóteses em que ela pode se dá já foram expressamente previstas pelo constituinte, e de modo taxativo, de sorte que as consequências da medida, igualmente, já foram objeto de consideração quando da elaboração da norma constitucional. Assim, dizer que a intervenção põe em conflito, de um lado, o princípio da proteção constitucional das decisões judiciais, e de outro a autonomia do Estado, por mais diversas que possam ser as consequências indiretas dessa medida no âmbito de eventual direito fundamental, não significa dizer que estejam presentes princípios constitucionais de direitos fundamentais passíveis de otimização no caso concreto. Essa ideia fica mais clara quando se analisa cada uma das máximas parciais que integram o princípio da proporcionalidade, senão vejamos.

5.1. Adequação

Conforme vimos no item 4.1, uma medida será considerada adequada se ela for apta a pelo menos promover o fim a que se destina, o que significa dizer que a administração e o legislador não estão obrigados a adotar uma medida que sob todos os aspectos seja comprovadamente a mais intensa, a melhor e a mais segura em relação a outras, mas sim, que seja apta a promover o fim. E o teste da proporcionalidade de uma medida que em princípio se mostre adequada somente se completa com o exame das outras sub-regras da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Indagar então se a *intervenção* é uma medida *adequada*, para promover a execução de ordem judicial, significa aferir, simplesmente, se essa medida, caso adotada, seria apta para promover essa finalidade.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não. De acordo com a Corte, a medida de intervenção não consegue ultrapassar o teste da adequação, porque o eventual interventor estará sujeito às mesas limitações fáticas e

normativas a que se sujeita a Administração do Estado de São Paulo. Nesse sentido, considerando as disponibilidades financeiras do Estado, eventual interventor não poderia, concretamente, priorizar os créditos de natureza alimentícia em detrimento de outras obrigações estatais. Isso porque as disponibilidades financeiras do Estado, no curso da intervenção, não seriam muito diferentes das condições atuais.

Quanto a este aspecto da decisão da Corte, ao menos duas observações se impõem, considerando-se o sentido de adequação, nos termos em que concebido na teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy. A primeira diz respeito ao fato de que a análise da adequação feita pelo Poder Judiciário deve se referir a uma medida lançada pela Administração ou pelo legislador, que tem "como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental"[373]. No caso não se está diante de uma medida legislativa, e muito menos administrativa, que vise promover um direito fundamental, ou mesmo um interesse público determinado fundado em direitos fundamentais, mas sim, diante de uma medida constitucional a qual, abstratamente, já foi considerada adequada pelo constituinte como apta a promover as finalidades às quais ela se destina, quais sejam, aquelas que estão expressa e taxativamente previstas nos 34 e 35 da Constituição Federal.

A segunda questão diz respeito ao fato de que o juízo de *adequação* de uma medida, segundo Alexy, tem natureza de um *critério negativo*, ou seja, ela elimina meios não adequados. "Um tal critério negativo não determina todas as coisas, mas elimina algumas"[374]. Disso se extrai, claramente, que uma vez considerada inadequada um medida para promover determinada finalidade, tem-se como consequência desse fato o reconhecimento de afronta ao princípio da proporcionalidade, cuja consequência é a declaração de inconstitucionalidade da medida, sem necessidade de proceder ao exame das demais sub-regras da proporcionalidade. No caso, o Supremo considerou

---

[373] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, p. 170.
[374] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 590 (*Posfácio*, 2002).

inadequada a medida de intervenção, mas ainda assim prosseguiu na análise das demais sub-regras. Esse procedimento indica dubiedade acerca da conclusão da Corte acerca da adequação da medida, uma vez que declarando inadequada, inviável seria fazer análise da necessidade, posto que esta consiste num teste comparativo entre uma medida que se considerada adequada e outras, que sendo igualmente adequadas, podem promover o mesmo fim, com menos interferência no âmbito de proteção de um direito fundamental.

5.2. Necessidade

Ao se pronunciar sobre a máxima parcial da *necessidade*, o Supremo Tribunal Federal considerou duvidosa a necessidade da *intervenção* sob o pressuposto da inexistência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. A Corte não se pauta por uma análise técnica que indique com clareza os indicadores da medida da necessidade, nos termos da teoria dos princípios. Nesse sentido, trabalha com a ideia de eficácia da medida, mas não é precisa no exame comparativo entre duas alternativas em relação aos princípios que se deseja promover e os que podem sofrer restrições. Assim, se limita a comparar a medida de *intervenção* com a "medida" de não-intervenção, ou seja, para o Supremo: "Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado".

À luz da teoria dos princípios, não se pode dizer, apropriadamente, que uma medida não seja necessária se comparada com uma "não medida". O exame comparativo que permite análise adequada da necessidade se dá quando presente um determinado objetivo fundado em um princípio, em relação ao qual haja pelo menos duas medidas que o fomentem de forma igualmente adequada. O teste da necessidade consiste em aferir, dentre essas medidas, qual delas afeta menos intensamente ou não afeta um direito fundamental. Essa análise, no caso, não parece correta, porque não se indicou

qual princípio é promovido com a adoção da intervenção e qual é restringido e, diante disso, qual medida, além da *intervenção*, poderia ser adotada para promover a mesma finalidade, com menos interferência em determinado princípio de direito fundamental.

Em outras palavras, para promover a execução de ordem ou decisão judicial, o constituinte entendeu ser adequada e necessária a intervenção, mesmo que isso represente uma redução do alcance do princípio da autonomia dos Estados. Não é cabível um juízo de proporcionalidade em face de uma medida que já foi prevista pelo Constituinte em face de determinadas circunstâncias. O fato de o Supremo Tribunal comparar a intervenção com a “não intervenção” é prova disso. Ora, a não intervenção não é uma medida, ela não promove nada senão a manutenção do *status quo*, que coincide com a manutenção da autonomia estadual. Contudo, a manutenção dessa autonomia, nas circunstâncias, frustra o objetivo da Constituição, que é assegurar a execução de ordem ou decisão judicial. Diante de determinada situação (inadimplência de precatórios de natureza alimentícia) há apenas um medida constitucional (intervenção). Não é correto dizer que preservar a chefia do estado seja uma outra medida tendente a promover a finalidade estatal, ainda que isso possa ter consequências indiretas, como o atendimento de outras obrigações constitucionais do Estado.

O exame da necessidade de uma medida não se confunde com um juízo de razoabilidade. Pode-se entender que a despeito de estarem satisfeitos todos os requisitos formais para a ocorrência de uma intervenção da União em um Estado da Federação, essa medida não seja recomendável, em face das consequências que ela possa ensejar, a gerar um sentimento geral de injustiça na comunidade, contudo, afastar a incidência da norma constitucional não pode implicar considerá-la desproporcional, quer seja por inadequada, quer seja por desnecessária, pois o juízo de proporcionalidade foi feito antecipadamente pelo constituinte.

5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Já vimos que a regra da proporcionalidade e as suas três máximas parciais atendem ao cumprimento de certas regras no modo de sua aplicação. Uma delas diz respeito à ordem predefinida com que se deve fazer a análise de cada uma delas. "A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*."[375] Segundo Virgílio Afonso, "A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si."[376]

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado a medida de intervenção inadequada, o que bastaria para afastar a medida por desproporcional, procedeu à análise da necessidade, considerando a medida também desnecessária. Isso por si só bastaria para o afastamento da intervenção. Mesmo assim, seguiu adiante e procedeu a análise da proporcionalidade em sentido estrito. A análise dessa última fase da regra da proporcionalidade somente tem sentido se se tem como certo que a medida é adequada e necessária. No caso, a Corte já havia reconhecido que a medida não atendia nem a uma coisa nem a outra. Se é assim, pergunta-se, qual a razão que justifica a adoção da regra da *proporcionalidade em sentido estrito* neste caso?

A única resposta possível é entendermos que o Supremo Tribunal Federal considera a técnica da ponderação como meio hábil para solucionar toda e qualquer espécie de conflito, relacionado ou não com a aplicação de princípios. Segundo Ana Paula de Barcellos, é nesse sentido que a técnica tem sido empregada em muitas decisões judiciais, que parece identificar a ponderação como uma técnica genérica de soluções de aparentes tensões normativas. Segundo ela, a técnica consistiria em *balancear* ou *sopesar* os elementos em conflito para atingir a solução mais adequada.[377] A crítica que se faz a essa concepção de ponderação é que ela acaba por se confundir com as

---

[375] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 35.
[376] SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável,* p. 35.
[377] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,* p. 26.

técnicas tradicionais de solução de conflitos, o que é metodologicamente inviável. Com efeito, "do ponto de vista metodológico, ..., a ponderação é exatamente a alternativa à subsunção, quando não for possível reduzir um conflito normativo à incidência de uma única premissa maior".[378]

O Supremo Tribunal Federal vislumbrou a existência de um conflito normativo que a rigor é apenas aparente. De fato, somente se pode analisar a proporcionalidade em sentido estrito se antes for constatado que determinada medida é adequada e necessária para a promoção de determinado objetivo. Neste aspecto a decisão na Intervenção Federal nº 164 já se mostra contraditória, uma vez que se reconhece que a medida não é adequada nem necessária. De qualquer sorte, se por hipótese se considera que estão presentes os requisitos da adequação e da necessidade, para a análise da proporcionalidade em sentido estrito, é de se indagar quais são os princípios colidentes e qual é o suporte fático que justifica a predominância de um em relação ao outro, já que abstratamente considerados os princípios não possuem uma relação de precedência. O Supremo identificou uma colisão, de um lado, entre o princípio constitucional da proteção às decisões judiciais, e de outro, o princípio da autonomia do Estado. Mas será que esse conflito realmente existe? Veja-se, a própria Constituição expressamente excepcionou o princípio da autonomia dos Estados, quando ocorresse, dentre outras hipóteses, negativa de execução de decisão judicial, o que justifica a intervenção.

Assim, o raciocínio para se deferir ou não um pedido de intervenção na hipótese é de natureza subsuntiva, ou seja, ou estão presentes as condições para a intervenção, e ela se justifica, ou não estão presentes e ela não se justifica. No caso, a Corte construiu uma hipótese de conflito a partir da consideração de que a adoção da medida interfere na autonomia do Estado, e indiretamente pode atingir outros interesses públicos, como as prestações de saúde e educação. E considerou como suporte fático que justifica a precedência da autonomia do Estado, o fato de a Administração do Estado de

---

[378] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional,* p. 32

São Paulo haver demonstrado que adotou todas as medidas possíveis para sanar as dívidas com precatórios de natureza alimentícia, assim como demonstrou a inexistência de má fé ou de dolo no não cumprimento do disposto no art. 78 do ADCT.

Embora a decisão não tenha dito expressamente, ficou subentendido que o suporte fático que justifica a precedência da autonomia do Estado em relação ao princípio da autoridade das decisões judiciais, consiste no seguinte enunciado geral do caso: “toda vez que o Estado deixar de cumprir decisão judicial, que manda pagar créditos de natureza alimentar, apresentando como justificativa o fato de que adotou todas as providências no sentido de honrar a obrigação, mas que não o fez por insuficiência de recursos e ausência de má fé, será vedada a imposição de intervenção da União no Estado”. A presença dessas condições indica que a intervenção é vedada, ainda que expressamente prevista na Constituição, para as hipóteses de descumprimento de decisões judiciais.

Percebe-se, com isso, que de acordo com a decisão do STF, o princípio da “proteção constitucional das decisões judiciais” será afastado, em face da preponderância da autonomia do Estado, quando o Estado tenha boas razões para não cumprir a ordem judicial. Essa é a norma que se extrai do suporte fático do caso concreto. Seu equívoco consiste em que não há parâmetros racionais para se aferir, de modo adequado e com segurança que os motivos alegados pelo ente federado correspondam à realidade, notadamente quanto o Supremo se apega apenas à versão do Estado, em processo de intervenção que não possui natureza contraditória. Ao lado disso, e de modo ainda mais eloquente, se destaca o fato de que o STF afasta a medida de intervenção por considerá-la desproporcional, quando na verdade não caberia um juízo de ponderação, pois esta já fora feita pelo próprio constituinte, que em tese considerou que a autonomia do estado não possui precedência quando entre em conflito com outros valores constitucionais, tais como a princípio da separação de poderes, que se acha implicitamente considerado com uma posição de relevância quando o Constituinte previu a hipótese de intervenção no caso de descumprimento de ordem judicial.

Conclusões

1. O princípio da proporcionalidade foi concebido pela doutrina alemã e elevado ao patamar de princípio constitucional, servindo não apenas como técnica de solução de conflitos normativos, para os quais não é suficiente o simples e tradicional processo de subsunção, mas também para aferir o grau de excesso do poder público na adoção de medidas de interesse público que possam afetar direitos fundamentais. Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência alemã, e conforme a teoria dos princípios de Robert Alexy, considera-se desproporcional uma medida quando ela não atenda a, pelo menos, uma das máximas parciais da proporcionalidade, a saber: *adequação, necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito.*

2. Considera-se *adequada* uma medida se ela for bastante para, pelo menos, promover o objetivo perseguido pelo Estado. Nesse sentido, o teste da adequação é uma relação de pertinência entre meio e fim. Já a *necessidade* consiste na aferição, diante de duas ou mais medidas igualmente adequadas, acerca de qual delas é capaz de promover a finalidade pública com menor grau de interferência num direito fundamental. Uma vez adequada e necessária uma medida, terá ela, ainda, de satisfazer a sub-regra da *proporcionalidade em sentido estrito*. Uma medida é proporcional em sentido estrito quando atende à lei da colisão, que diz: "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro".

3. Apesar de o princípio da proporcionalidade haver sido concebido, em termos constitucionais, como técnica de solução de conflito normativo quando em face de uma medida estatal entrarem em conflito normas consagradoras de direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal considera o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação a ele subjacente como forma de solução de qualquer espécie de conflito normativo, ainda que não trate de direitos fundamentais.

4. Considerando o princípio da proporcionalidade de modo estrito, como técnica de aferição da constitucionalidade de uma medida estatal que interfere

em um direito fundamental, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, ao adotar essa técnica para aferir a viabilidade ou não de medida interventiva na IF nº 164, desviou-se da forma correta e adequada de aplicação do princípio, ampliando-a desnecessariamente para abarcar hipótese de colisão apenas aparente de normas, haja vista que a intervenção poderia ser afastada pelo exercício de um juízo de razoabilidade, simplesmente, tanto mais porque, nas circunstâncias do caso concreto, a adoção da medida levaria a consequências inaceitáveis, residindo aí justificativa bastante para a sua rejeição.

5. Nesse sentido, o STF poderia chegar à mesma conclusão, caso se limitasse a aferir a inexistência de harmonização da norma que prevê a intervenção com as condições externas de sua aplicação[379], ou seja, bastaria verificar, como de fato verificou, a inexistência de congruência entre a medida e suas potenciais consequências na gestão do Estado e dos diversos interesses relevantes que poderiam ser afetados com a medida interventiva.

6. Por fim, considerada a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade vinculada essencialmente ao controle de constitucionalidade de medidas que interfiram em direitos fundamentais, e tendo em conta que o princípio da proteção das decisões judiciais, assim como o princípio da autonomia dos estados não dizem respeito a direitos fundamentais, mas sim às normas estruturantes do Estado Federado, a adoção da técnica da proporcionalidade, e, por consequência, da técnica da ponderação, à luz da teoria dos princípios, se mostra desnecessária e inadequada para a solução desse tipo de conflito normativo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

---

[379] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 167.

________. *Direito, razão, discurso*: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 4. ed. (Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

________. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, 215 (1999): 151-179.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

________. *O princípio constitucional da proporcionalidade*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19640/O_Princ%C3%ADpio_Constitucional_da_Proporcionalidade.pdf?sequence=1> Acesso em: 08 nov. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

________. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: novas leituras. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000): 361-372.

________. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 23 (1994): 469-475.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

________. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

________. *Princípios e regras:* mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf> Acesso em: 08 nov. 2011.

________. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf> Acesso em: 08 nov. 2011.

CAPÍTULO 9
Hermenêutica Jurídica Contemporânea: apontamentos à luz das lições de Hans-Georg Gadamer

Marcus Firmino Santiago[380]

10.11117/9788565604079.09

Introdução

A segunda metade do Século XX viu o alvorecer de um novo paradigma no Direito, que passa a ter na proteção do ser humano seu centro e norte. O cumprimento da tarefa de promover sua defesa fez com que, em pouco tempo, deixasse de ser suficiente a compreensão de que o papel da ordem jurídica se restringiria a garantir liberdades individuais; logo se passou a uma nova realidade, na qual toda sorte de prestações necessárias ao desenvolvimento das potencialidades humanas se fez presente e plenamente exigível.

Na busca pela positivação, nos textos constitucionais, das mais amplas pautas de direitos fundamentais, operou-se a transição do Direito de uma era na qual este se voltava exclusivamente ao controle do Estado para um momento em que o reconhecimento de valores sociais fundamentais se tornou uma realidade, implicando, consequentemente, na delimitação de um diverso papel para os poderes públicos e para o Direito.

No instante em que as Constituições mudaram seu foco - do controle do Estado para a promoção do bem estar social - todo o Direito precisou ser repensado, o que tem levado a naturais e sucessivas mudanças legislativas. Porém, nem toda evolução do Direito se faz por intermédio de novas leis, ao contrário. Os avanços mais rápidos e notáveis se devem às mudanças de

[380] Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogado.

postura por parte daqueles a quem incumbe operacionalizar o Direito, colocando-o em prática nas atividades do cotidiano. O papel desempenhado pelo intérprete, portanto, se mostra tão ou mais relevante do que o entregue ao legislador, nesta atividade de atualização das normas jurídicas, buscando adequá-las a novas realidades.

Neste quadro, o estudo da ciência hermenêutica vem a permitir uma melhor compreensão acerca da tarefa desincumbida pelos sujeitos que vivenciam e interpretam os textos legais, seja no instante em que elaboram teses ou decidem um processo judicial, seja no desenvolvimento da dogmática jurídica ou em outras atividades do dia-a-dia que colocam a tarefa de apreciar e aplicar leis.

Várias são as vertentes que buscam sistematizar o estudo da hermenêutica jurídica, quase sempre preocupadas em demonstrar como o pensamento deve ser desenvolvido na busca pela melhor compreensão dos textos legais. Neste estudo foi eleita a via apresentada na obra de Hans-Georg Gadamer, jusfilósofo contemporâneo que se dedicou ao estudo da hermenêutica filosófica, tratando-a como uma ciência, uma forma de pensar e compreender.

Gadamer não se preocupa em desenvolver métodos de pensamento - como estratagemas padronizados que poderiam ser aplicados a qualquer tempo. Antes, busca sistematizar a forma como se procede à compreensão das mensagens que podem ser construídas a partir dos objetos analisados, ocupando-se em entender como se realiza o processo de construção de sentidos a partir dos entes interpretativos. Seu campo de estudos é vasto, mas aqui se delimita a apreciação de sua obra às partes dedicadas fundamentalmente à compreensão de textos, objeto principal de análise para o intérprete do Direito.

Busca-se, desta forma, lançar luzes sobre a hermenêutica jurídica, destacando seu papel crucial na realização dos ideais de exaltação do ser humano, almejada pelo Direito hoje vigente. As lições legadas por Gadamer parecem ser suficientes para indicar caminho seguro, pelo qual se pode

alcançar uma adequada compreensão das normas jurídicas, suficiente a permitir a plena expressão dos valores plasmados nas pautas constitucionais de direitos fundamentais.

1. A hermenêutica contemporânea: uma nova compreensão das normas jurídicas e do papel do intérprete

Hoje já se tornou lugar comum falar na mudança paradigmática sofrida pelo Direito ao longo do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, momento de marcante transformação para o pensamento jurídico do mundo ocidental. Alterações legislativas profundas - tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, tanto internas quanto internacionais - vieram na esteira de uma nova forma de pensar o Direito, enxergando-o a partir do ser humano, seu objeto central de preocupação.

Neste turno, assume a tutela ao homem, visto em sua dimensão de dignidade, posição central na ordem jurídica, a qual se vê forçada a se adaptar a este paradigma. O processo de positivação, nos textos constitucionais, de valores socialmente relevantes representou importante passo neste sentido, conferindo o status de direitos fundamentais a destacada pauta de garantias essenciais à plena expressão do valor maior eleito: a dignidade humana.

Inscritos, definitivamente, nas Constituições, servindo-lhes de fundamento maior de validade e força, os direitos fundamentais passaram a compor o arcabouço estrutural da ordem social, de sorte que a centralidade da própria Constituição pôde encontrar nova justificativa. Antes ápice do ordenamento jurídico sob um ponto de vista estritamente formal, agora as Constituições assumem posição cimeira por força de trazerem, em seu seio, os valores sociais mais caros à vida comum.

Nas palavras de Böckenförde:

> *Los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder publico actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares (...) rigen*

> *no solo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.*[381]

Positivados em amplo rol, não mais restritos a delimitar liberdades negativas, mas voltados, também e fundamentalmente, à obtenção de prestações concretas, os direitos fundamentais assumiram o papel de *referencial primeiro na compreensão, interpretação e aplicação do Direito*. Nesta medida, a conformidade das normas infraconstitucionais à Lei Maior deixa de ser aferida apenas sob um ponto de vista formal, entrando em cena um imprescindível juízo material, que impõe ao intérprete a tarefa de conciliar as leis à ordem valorativa plasmada na Constituição.

A *irradiação* dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico coloca o intérprete diante do dever de assegurar a plena expressão daqueles, pelo que se vê compelido, naturalmente, a reler os textos legislativos buscando adequá-los à realidade constitucional. Conforme aduz Luis Cruz, esta mudança paradigmática gera uma nova realidade: "(...) el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales (...)."[382]

Avulta-se, assim, o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica, à qual é entregue a tarefa de cimentar o caminho para que se possa implementar este diálogo permanente entre a normativa infraconstitucional e a ordem valorativa constitucional, positivada na pauta de direitos fundamentais. O momento metodológico atualmente vivenciado, no qual se busca concretizar promessas de proteção à dignidade humana, erigindo um Estado Democrático atento aos direitos fundamentais, impõe o repensar do Direito, cujo foco deve ser orientado nesta mesma direção. Tem-se, assim, nítida necessidade de aperfeiçoar o diálogo entre o sistema jurídico infraconstitucional e o horizonte

---

[381] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 95.
[382] CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores.* Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005. p. 4.

constitucional, o qual deve ser sempre contemplado e perseguido no desenvolvimento da atividade criadora realizada pelos aplicadores do Direito.

Semelhante convicção autoriza que se eleja por premissa uma hermenêutica pautada em alicerces conceituais contemporâneos, de matriz filosófica, que confere especial realce ao papel dos intérpretes e aplicadores do Direito os quais, no exercício de seu mister, constroem, a partir da conjunção dos textos legais com os valores que orientam todo o ordenamento jurídico, os comandos normativos.

Esta transição, contudo, somente se mostrou possível no instante em que se colocaram por terra algumas das certezas oferecidas pelo Positivismo Jurídico, abrindo espaço para uma diferente compreensão da normativa jurídica.

Segundo aquela forma de se pensar o Direito - e aqui se faz apertadíssima síntese - os textos legais trazem em si sentidos absolutos, previamente dados pelo Legislador, que efetua uma escolha moral em nome da sociedade, sua representada. Ao intérprete nada mais cabe que identificar os sentidos inseridos nos textos legais, perscrutando a vontade do Legislador, numa clara perpetuação da idéia de que aqueles nada mais seriam que a *boca da lei*. Em outras palavras, uma concepção estritamente positivista do Direito tem por premissa necessária a convicção de que os textos legislativos trazem em si um significado, pelo que a tarefa dos intérpretes se limita a identificá-lo, com o que se espera conferir maior segurança às relações, na medida em que se restringe a possibilidade de variações no processo interpretativo.

Várias dificuldades se avolumam como consequência desta convicção, algumas conceituais, outras práticas. Talvez este não seja o espaço adequado para desenvolvê-las aprofundadamente, mas não se poderia deixar de mencionar críticas como a elaborada por Chaïm Perelman, que já nos anos de 1950 se ocupou de destacar as insuficiências do raciocínio lógico formal propugnado pelas correntes juspositivistas.

Perelman explica que o positivismo, sob suas variadas formas de expressão, ao procurar justificar uma epistemologia que favorece, invariável e

exclusivamente, os métodos científicos, acaba chegando a uma ontologia que retém tão somente os aspectos do real que os métodos das ciências positivas permitem reconhecer. Apegando-se à compreensão do Direito em bases estritamente científicas, afasta-se da análise dos elementos racional e social que o compõem.[383] Entende o autor que neste fato residiria a prova da "(...) natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta."[384]

Perelman apresenta, a partir daí, a correlação existente entre o Direito e a Moral, paralelo fundamental que deve ser tido em conta quando da solução dos litígios, acrescentando ao Direito o elemento *valor*, um dos aspectos que se pode refutar como de maior relevância na hermenêutica jurídica contemporânea. Considera, por conseguinte, que a sistemática do Direito não constitui um conjunto de regras jurídicas com sentido e alcance independentes do contexto político e social, mas, antes, subordinadas a certos fins e que devem ter em conta determinados valores, em função dos quais serão entendidas.

Tem-se claro, assim, que a atividade hermenêutica traz consigo a tarefa de busca pelos valores que devem ser concretizados, cabendo ao intérprete identificar os sentidos mais adequados que podem ser conferidos aos textos legais, capazes, assim, de viabilizar a plena expressão daqueles.

Mais ainda: a partir do instante em que não mais se admite trazerem os textos, em si mesmos, sentidos dados previamente por um *legislador histórico*, avulta-se o trabalho desenvolvido pelo intérprete, a quem é dada a incumbência de dialogar com os textos jurídicos, buscando conciliar dispositivos legais com valores constitucionais, para finalmente dar vida às normas jurídicas concretizadas. Em outros termos, a hermenêutica *deixa de ser*

---

[383] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito.* Trad. Maria Ernantina Galvão. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 397.
[384] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396.

mero espaço de reprodução e assume a tarefa de viabilizar a construção dos sentidos possíveis aos textos legais.

Gadamer tem como firme esta premissa: "É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado."[385], afinal, interpretar não é apenas reconstruir sentidos previamente dados, consistindo "(...) sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia."[386]

A partir da certeza, também advogada por Lenio Streck, de que "(...) não há um sentido imanente à lei, pois isto seria admitir um sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos",[387] infere-se que a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto legislativo mediante um processo de adjudicação de sentido que permite alcançar significados a partir dos significantes naqueles encontrados. *Produção* - e não *reprodução* - de sentido é o que diferencia a nova hermenêutica da hermenêutica clássica.[388] No mesmo sentido, sustenta Friedrich Müller a insuficiência de posturas que insistem na crença de que o trabalho interpretativo se limita à "(...) *reelaboração da vontade da norma ou do seu dador* (...)".[389]

Segundo este autor, as normas jurídicas não se colocam perante os intérpretes como projetos prontos e acabados, mas precisam, antes, ser compreendidas a partir dos textos legislativos que lhes servem de nascedouro. Há, pois, um núcleo material nos textos legais que precisa ser *concretizado* a cada instante em que a norma deva reger uma situação individual, momento em que será "(...) enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito."[390]

---

[385] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I.* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 429.
[386] GADAMER*. Op. cit.,* p. 489.
[387] STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 594.
[388] STRECK. *Op. cit.,* p. 593.
[389] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 26.
[390] MÜLLER*. Op. cit.,* p. 62.

Neste ponto, as lições de Gadamer surgem como excelente sustentáculo para as convicções ora defendidas, fornecendo bases conceituais para que se busque, a partir de pontos de vista oferecidos pela hermenêutica filosófica, demonstrar que o processo interpretativo se identifica com uma atividade construtiva, cabendo ao intérprete a tarefa de forjar as normas jurídicas que regem os atos da vida.

2. Inexistência de verdades prévias e absolutas: premissa para o compreender

A primeira e crucial questão que deve ser enfrentada diz respeito à noção acerca de verdade e da possibilidade de as leis trazerem, em si, verdades absolutas, ofertadas pelos legisladores.

Consoante as concepções de Gadamer, *verdade é aquilo que o intérprete entende como tal*. Desta forma, a atividade hermenêutica deve se pautar não na busca por uma verdade ideal, concreta e absoluta, aprioristicamente concebida. Ao contrário, a interpretação terá alcançado seu fim no instante em que, em razão do momento e do contexto em que o intérprete esteja inserido, possa se formar uma certeza, encontrando uma resposta adequada às questões que se apresentem. Daí porque defender que não há compreensão melhor ou pior, apenas diferente:

> Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que consciente possui em relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente*.[391]

Interessante notar que semelhantes idéias podem ser encontradas em autores de diferentes linhas de pensamento. A título exemplificativo, cumpre mencionar as lições de William James que, ao discorrer sobre o pragmatismo filosófico, igualmente refuta a noção de que possam existir verdades prévias

---

[391] GADAMER. *Op. cit.,* p. 392.

capazes de se impor a todos. Para este autor, a simples adição de novos fatos ou novas experiências é capaz, por si só, de levar a diversas compreensões acerca de temas que pareciam definitivamente conformados e assimilados. Novos conteúdos, afirma, "(...) em si não são verdadeiros, simplesmente aparecem e são. A verdade é *o que dizemos a respeito deles* (...)"[392], pelo que conclui: "*Verdadeiro é o nome de que quer que prove ser bom no sentido da crença*, e bom, também, por razões fundamentadas e definitivas."[393]

As ilações de William James também são pertinentes pelo fato de igualmente terem por premissa a convicção de que a realidade histórica na qual se encontre inserido o intérprete deve influenciar no resultado alcançado. Afinal, se as verdades não são dadas previamente, se não existe um sentido posto, firmado aprioristicamente por um legislador histórico, a atividade hermenêutica não pode se ver limitada a uma busca por sentidos historicamente oferecidos.

De fato, Gadamer defende abertamente a impossibilidade de se compreender a hermenêutica jurídica como um processo limitado ao resgate de sentidos puramente históricos, dissociados de uma realidade presente:

> Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validez jurídica. (...) se quisermos compreender adequadamente o texto (...) devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.[394]

O sentido que pode ser atribuído aos textos é dado pelo presente, servindo os elementos do passado como um auxílio ou um referencial, mas jamais como grilhões, sob pena de se inviabilizar a resolução dos problemas contemporâneos. Assim é que, referindo-se à atividade dos juízes, assevera:

---

[392] JAMES, William. O que significa o Pragmatismo. in *Pragmatismo.* Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 52.
[393] JAMES. *Op. cit.,* p. 58.
[394] GADAMER. *Op. cit.,* p. 407-408.

"Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática." Pelo que se lhe impõe a tarefa de adequar as leis ao tempo atual: "Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente."[395] Que se esclareça desde já, contudo: como se verá em seguida, isto não implica na negação dos referenciais do passado, ao contrário, visto que estes oferecem imprescindível *coerência* ao pensamento. Esta noção encontra-se claramente expressa na seguinte passagem, em que o autor discorre sobre a determinação dos sentidos que aos textos legais se podem reconhecer:

> (...) para se determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei (...) No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando determinar de novo a função normativa da lei.[396]

Neste processo de adjudicação de sentidos aos textos, realizado com os olhos do presente, mas tendo por esteio elementos oferecidos pelo passado, o intérprete busca *compreender* adequadamente os textos, identificando seus sentidos possíveis e optando por aquele que melhor atenda às necessidades contemporâneas. Cumprida esta tarefa, parte, então, para o momento da *aplicação*, instante em que a atividade construtiva materializa-se, dando a face à realidade. "A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*."[397]

Mas aplicar não se dissocia de compreender, antes, é um momento que lhe é próprio,[398] afinal, as repercussões práticas, político-jurídicas e sociais que podem advir da norma jurídica concretizada influenciam decisivamente no entendimento possível a partir dos textos legais. Segundo Gadamer:

---

[395] GADAMER. *Op. cit.,* p. 430-431.
[396] GADAMER. *Op. cit.,* p. 429.
[397] GADAMER. *Op. cit.,* p. 431.
[398] GADAMER. *Op. cit.,* p. 407.

> A decisão do juiz que *intervém praticamente na vida*, pretende ser uma aplicação justa e não arbitrária das leis; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação *correta* e isso implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre história e atualidade.[399]

Sob o prisma da aplicação, é interessante ressaltar, diferenciam-se a hermenêutica jurídica e a hermenêutica filosófica, vista esta em sua expressão mais pura (especialmente voltada para a interpretação de obras artísticas, literárias ou de textos religiosos). Explica-se a observação pelo fato de que a primeira deve, necessariamente, se preocupar com os resultados possíveis e as repercussões sociais que podem advir da utilização de seus processos construtivos, ao passo que a segunda, em sua dimensão originária, confere muito maior liberdade ao intérprete, que pouco precisa atentar para as possíveis consequências de suas conclusões.

Como efeito das inevitáveis repercussões decorrentes da construção das normas jurídicas, cumpre ao sujeito interpretativo observar com maior rigor alguns elementos concretos que compõem o método hermenêutico, na visão gadameriana aqui desenvolvida. São dados que afetam a interpretação em qualquer dos espaços que podem por esta ser ocupados, mas que, na seara da interpretação das normas jurídicas, acabam por oferecer relevante balizamento para o labor do hermeneuta, permitindo maior uniformidade e, consequentemente, melhor controle sobre o resultado de sua atividade. Dentre estes aspectos destacam-se a vinculação do intérprete ao texto legislativo e ao contexto histórico em que se encontre inserido, cumprindo analisá-los de modo pormenorizado.

3. O diálogo entre o texto e o intérprete

A prática da hermenêutica jurídica se pauta, salvo raríssimas exceções, na compreensão de textos legislativos, aos quais devem ser adjudicados sentidos adequados às situações concretas que venham reger e aos valores

---

[399] GADAMER. *Op. cit.,* p. 19.

fundamentais que objetivem tutelar. Desta feita, a hermenêutica jurídica se pauta em um permanente *diálogo entre intérprete e texto*, de onde emerge, então, a norma jurídica concretizada.

Segundo a concepção de Gadamer, o sentido não se encontra integralmente no texto ou no intérprete, sendo, antes de tudo, fruto do diálogo que entre eles se deve estabelecer:

> Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível (...) quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.[400]

Os textos, sejam legislativos ou literários, oferecem parâmetros interpretativos e linguísticos que não podem ser desprezados. Estes, pode-se dizer, são o primeiro e mais importante limite para a atividade hermenêutica, afinal, mesmo que se defenda não trazerem os textos, em si, qualquer sentido previamente dado, não se pode negar que oferecem os parâmetros iniciais e mais relevantes para sua própria compreensão. O labor interpretativo se mantém intimamente atado ao sentido do texto: “Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”[401]

A adequada compreensão, por seu turno, impõe ao hermeneuta analisar as partes do texto, sem perder, contudo, sua dimensão de integridade, já que cada parcela somente pode ser melhor entendida quando cotejada com o todo. A *adjudicação de sentidos* que o intérprete realiza neste processo de integração com o texto reflete, então, o amálgama das potencialidades por este último oferecidas com as perspectivas trazidas pelo sujeito interpretativo.

Consoante Gadamer, a compreensão de um texto implica em um projetar de um *sentido possível* para o todo. Em outras palavras, no instante em que se depara com um texto, o intérprete imediatamente extrai algumas percepções a partir de dados preliminares verificados (o título, o autor, a

---

[400] GADAMER. *Op. cit.,* p. 358.
[401] GADAMER. *Op. cit.,* p. 436.

destinação etc.) e, com esteio nestas, antecipa um significado que lhe parece viável. Nas palavras do autor: "Tão logo apareça um primeiro sentido, o intérprete prelineia um sentido do todo."[402]

Esta capacidade de antecipar os sentidos potenciais de um texto evidencia o fato de que todo intérprete traz consigo uma carga de *expectativas* decorrentes de experiências prévias e conhecimentos que o sujeito possua, elementos capazes de induzi-lo, portanto, a esperar determinadas conclusões. Daí porque, para Gadamer:

> A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.[403]

Fica claro, assim, que, no diálogo estabelecido entre os atores aqui contemplados, ao intérprete cabe preencher de significado o texto, atentando para os limites possíveis oferecidos por este. E se, neste processo, convicções pessoais do ente interpretativo entram em cena, nada há a se estranhar, segundo a concepção gadameriana, ao contrário. Para ele, esta relação "(...) não pressupõe nem uma *neutralidade* com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais."[404]

Autores nacionais contemporâneos, como Celso Bastos, expressam convicção análoga ao propugnar que o elemento característico da atividade hermenêutica é o seu resultado criativo, de onde emana o Direito. Para este "Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana. Neste sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções."[405] Também Luis Roberto Barroso se compraz em afirmar a relevância da atuação criativa do hermeneuta, cuidando em alertar, porém, que sua atividade não se pauta em

---

[402] GADAMER. *Op. cit.,* p. 356.
[403] GADAMER. *Op. cit.,* p. 356.
[404] GADAMER. *Op. cit.,* p. 358.
[405] BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 264-265.

mera discricionariedade, mas é desenvolvida segundo parâmetros, mesmo que estes não sejam rígidos: “Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim.”[406]

O processo de construção normativa, portanto, se desenvolve a partir da interação entre texto e intérprete, cabendo a este adjudicar sentidos que permitirão identificar as normas jurídicas possíveis e adequadas a regular as situações cotidianas. Nesta atividade, entram em cena opiniões e expectativas que o sujeito interpretativo traz consigo, as quais, inevitavelmente, acabam por influenciar no resultado de seu labor. E assim se enuncia o segundo elemento essencial que, ao lado dos textos legislativos, fornece parâmetros para a atividade hermenêutica: a pré-compreensão do intérprete.

4. A pré-compreensão e o horizonte histórico

Segundo Gadamer, não há compreensão dissociada de concepções prévias que o intérprete traga consigo. Sob certo ponto de vista, esta assertiva pode soar mesmo banal, afinal, se nada conhecesse acerca de determinado assunto, dificilmente o sujeito conseguiria construir uma compreensão adequada acerca dele. Em verdade, ao se deparar com o texto, este provavelmente nada lhe diria. Isto pode ser facilmente exemplificado quando se tem em mira o trabalho de tradução: sem o conhecimento prévio do idioma em que foi o texto escrito, não há como dialogar com ele e sentido algum lhe será reconhecido pelo leitor. Qualquer *pergunta* que o intérprete faça ao texto é reflexo da *pré-compreensão*, pois só pergunta aquele que tem algum conhecimento e, portanto, alguma dúvida.[407]

As concepções trazidas pelo intérprete decorrem de seus conhecimentos e experiências passadas e recebem de Gadamer o desígnio de *pré-compreensões*. Estas são “(...) opiniões prévias de conteúdo (...) com as

---

[406] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 288.
[407] GADAMER. *Op. cit.,* p. 478.

quais lemos os textos."[408] Por possuir pré-compreensões, o hermeneuta pode idealizar *preconceitos*, aqui entendidos como "(...) um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão."[409]

Para Gadamer, não há compreensão sem a presença de conhecimentos prévios sobre o tema, que permitem ao intérprete criar *expectativas de sentido*. E essas pré-compreensões são fruto da inserção do sujeito em um dado contexto, em uma realidade histórica de onde este extrai conhecimentos e experiências. Nas suas palavras:

> A antecipação de sentido que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. (...) essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios.[410]

As pré-compreensões não são arbitrariamente formuladas pelo ente interpretativo, mas decorrem de sua presença em um momento histórico, onde se vê cercado por elementos que são dados por uma *tradição* à qual pertença. Na sua relação com o passado, o homem encontra-se sempre inserido na tradição e os dados por esta oferecidos contribuem decisivamente para sua formação. Assim é que o legado deixado aos sujeitos pela tradição não pode "(...) ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo

---

[408] GADAMER. *Op. cit.,* p. 357.
[409] GADAMER. *Op. cit.,* p. 360. Sob o prisma da hermenêutica jurídica, os *preconceitos* podem ser formados em razão, por exemplo, de precedentes judiciais ou lições doutrinárias que induzam o julgador a, realizando análise prévia de um caso concreto, antecipar sentidos potenciais que possam aos textos legais aplicáveis ser conferidos. No instante em que novos elementos vão sendo colhidos (como os argumentos das partes, as provas produzidas ou o estudo mais aprofundado da legislação), então se dá a compreensão do todo, confrontando-se as expectativas formadas em razão das *pré-compreensões* trazidas pelo juiz com dados outros, que limitam as possibilidades de sentido atribuíveis aos textos.
[410] GADAMER. *Op. cit.,* p. 388-389.

histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição."[411]

Desta relação decorrem elementos humanistas, sociais ou valorativos que se estruturam ao longo do tempo e dão sentido ao arcabouço cultural que informa cada pessoa. Em que pese a inevitável presença de dados decorrentes de experiências únicas, pessoais, a pré-compreensão decorre, fundamentalmente, da tradição que informa toda a coletividade na qual o sujeito esteja inserido. Por força desta mínima uniformidade, atenuam-se as discrepâncias entre as compreensões que podem emanar da interpretação realizada por vários indivíduos, pertencentes ao mesmo grupamento, acerca de um único texto, por exemplo. Isto se dá porque todos têm em mira um mesmo *horizonte histórico*, ou um idêntico conjunto de concepções dadas pela tradição.

Pelo processo hermenêutico, como visto acima, busca-se a compreensão, com os olhos do presente, de dados postos, partindo-se da premissa de que não há verdades prévias. Com esta atividade, se alcança uma constante atualização dos sentidos que podem ser adjudicados aos textos, visto que o ente interpretativo olha para eles com os olhos de seu próprio tempo. Isto não implica em dizer, contudo, que o intérprete não possua qualquer compromisso com o passado, ao contrário. Afinal, se possui conhecimentos suficientes para compreender um texto e com ele dialogar, atribuindo-lhe algum sentido, isto se deve a informações recebidas do passado, de uma tradição em que se veja inserido, que lhe permite possuir pré-compreensões.

A tradição, por seu turno, é algo que nasce da conjugação de dados que se consolidam ao longo do tempo, nos grupamentos humanos, e forma o que Gadamer denomina de horizonte histórico, o referencial comum no passado de onde emanam as pré-compreensões.

---

[411] GADAMER. *Op. cit.,* p. 374.

O processo hermenêutico se realiza, portanto, mediante uma conjugação de horizontes: passado e presente. O intérprete está sempre inserido em um momento histórico e imbuído de concepções típicas de seu contexto; estas, porém, são fruto de uma permanente evolução da tradição. O homem é ser inserido em um contexto histórico:

> Na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (...) A auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.*[412]

Ao olhar para o arcabouço que emana da tradição, o intérprete encontra um horizonte referencial que, por seu turno, funde-se com outro, dado pela realidade vigente. Tem-se, assim, o que Gadamer denomina de *fusão de horizontes*, onde presente e passado se unem para fornecer os pilares necessários para que novos destinos possam ser perseguidos, em uma constante evolução que se dá, contudo, sem rupturas. Com relação à formação do horizonte, Gadamer a resume nas seguintes palavras:

> (...) o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos precedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. (...) *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.*"[413]

Analisada em um contexto no qual a Constituição se assenta no ápice do ordenamento jurídico - não por força de critério hierárquico formal, mas em razão de conter as bases axiológicas legitimadoras do Direito - a ciência hermenêutica pode ter naquela um horizonte, *uma fonte de referências dadas por uma tradição que em seu texto foi plasmada*. Cumpre ao intérprete

---

[412] GADAMER. *Op. cit.,* p. 367-368.
[413] GADAMER. *Op. cit.,* p. 404.

abeberar nesta fonte de princípios e valores fundamentais, construídos por força de uma tradição que encontrou voz no momento constituinte, cuja plena expressão lhe incumbe assegurar.

Embora não faça referência à obra de Gadamer, Luis Roberto Barroso exprime semelhante idéia, clara na seguinte passagem:

> A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.[414]

Tem-se, assim, que a forma de se compreender a ciência hermenêutica idealizada por Gadamer é capaz de oferecer fundamentos sólidos para se colocar em prática uma diferente visão acerca do Direito, notadamente da relação entre as ordens jurídicas constitucional e infraconstitucional e da maneira como se deve proceder à estruturação das normas jurídicas. Abre-se espaço, enfim, para que se busque reconstruir a normativa jurídica a partir da releitura dos textos legislativos, atualizando-os à luz do contexto histórico consagrado na Constituição e da realidade contemporânea, horizontes que se abrem para os intérpretes.

5. Ainda os limites à interpretação: a contribuição de Dworkin

Como ressaltado acima, a hermenêutica jurídica deve ser pensada como uma atividade que produz inevitáveis conseqüências e, em não raras vezes, graves repercussões sociais. Enquanto a interpretação de textos religiosos interessa apenas àqueles que voluntariamente se filiem a uma crença, a interpretação de textos legislativos afeta a todos que se vejam submetidos a uma dada ordem jurídica (coisa que não se escolhe, não custa lembrar). Assim

---

[414] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *in* BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

é que parâmetros precisam ser concebidos para balizar a atuação do intérprete, quando este se entrega à tarefa de construir sentidos possíveis para os textos legais, sob pena de se transformar a ciência hermenêutica em um campo aberto, onde tudo é admissível, inclusive o arbítrio.

Importante destacar que as concepções de Gadamer acerca da hermenêutica filosófica perpassam por alguns aspectos típicos da hermenêutica jurídica, mas o autor não mergulha nesta seara, deixando de se ocupar com peculiaridades atinentes à interpretação das normas jurídicas. Isto, porém, não retira o mérito de sua obra, nem a torna inadequada para o propósito ora perseguido.

Os dados ínsitos ao substrato conceitual que emerge da concepção hermenêutica gadameriana permitem sustentar que a atividade construtiva do intérprete, por si só, não abre caminho para escolhas puramente pessoais e arbitrárias. E mais: no atual momento metodológico do Direito, as Constituições surgem como marco referencial definitivo, a orientar o pensamento hermenêutico. De fato, ao plasmar em seu texto valores socialmente consagrados em um momento histórico, as Constituições positivaram elementos da tradição e se habilitaram a servir como horizonte passado. Colocando-se no centro do ordenamento jurídico, de onde irradiam valores que afetam a compreensão de todos os textos infraconstitucionais, seus próprios textos acabam por servir de referência e balizamento para o processo de construção de sentidos, indicando os caminhos que podem ser seguidos no compreender e aplicar normas.

Outro aspecto relevante diz que os valores de que se fala e cuja efetivação se deve buscar, lembrando a concepção lógico-jurídica de Perelman, não são entidades etéreas, mas dados concretos, positivados no texto constitucional. Logo, quando se afirma ser a compreensão do intérprete fruto de uma *tradição*, não se está tratando de uma abstração não identificável, ao contrário. É possível encontrar claramente os elementos que lhe dão forma na própria Constituição, *locus* da pauta valorativa que se formou ao longo da história e, no momento constituinte, foi retratada. O processo de transposição

dos valores sociais mais relevantes para o ápice do ordenamento jurídico lhes conferiu *status* de direitos fundamentais, que, por seu turno, afirmam-se como o rol de direitos básicos dos homens, cuja preservação constitui tarefa essencial do Estado.

Assim sendo, quando o intérprete busca identificar os valores que devem ser atendidos e o horizonte que guia sua atividade, o texto constitucional surge como suporte inafastável, obrigando-o a dialogar não apenas com os textos infraconstitucionais, mas também com o rol de direitos fundamentais cuja efetivação se deve buscar a todo instante. Ora, demandar do hermeneuta que verifique se as expectativas sociais consubstanciadas em direitos fundamentais estão sendo atendidas não o leva a desenvolver uma atividade etérea ou de pura metafísica, mas a confrontar os sentidos possíveis das normas legais com os parâmetros oferecidos pela pauta valorativa inscrita na Constituição. O que este faz, então, nada mais é do que se valer do horizonte constitucional como referência para adequadamente compreender os textos legais e lhes adjudicar o sentido que melhor reflita os valores da sociedade da qual também faz parte.

Além desta questão, outro aspecto pode ser levantado com o fito de demonstrar que a compreensão da ciência hermenêutica a partir das concepções filosóficas gadamerianas é capaz de fornecer seguros resultados.

A teoria de Ronald Dworkin acerca do *direito como integridade*[415] resgata alguns conceitos trabalhados por Gadamer e, sem fugir às idéias por este pregadas, complementa as noções neste tópico desenvolvidas. Não interessa, por ora, esmiuçar as teses do autor norte-americano, mas, apenas, resgatar alguns traços que corroboram o raciocínio defendido.

Uma preocupação clara de Dworkin ao tratar do direito como integridade reside em demonstrar que a atividade construtiva do intérprete não se encontra desprovida de parâmetros, até porque a *norma do caso concreto*, aquela construída à luz de uma específica situação, não é única e exclusiva para cada

---

[415] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

litígio. As normas jurídicas são concebidas diante da atividade interpretativa que se realiza toda vez que os textos legislativos devam incidir sobre determinadas situações concretas. Este dado, contudo, não autoriza a conclusão de que as normas não se encontram, de alguma forma, vinculadas a outras anteriormente formuladas a partir dos mesmos textos. Como exemplificado oportunamente, os precedentes judiciais e ensinamentos doutrinários são parâmetros interpretativos que influenciam na formação das pré-compreensões e contribuem para assegurar linearidade e coerência à atividade hermenêutica.

A noção de integridade impõe que não se rompa com o passado (onde se encontram bases para novas decisões), mas se tenha os olhos sempre apontados para o futuro, buscando a melhor solução possível diante do contexto vigente.[416] A preocupação do intérprete deve ser com o presente, buscando satisfazer as necessidades de seu momento; o que vem do passado lhe serve de referencial, mas jamais algo a ser perpetuado, como uma espécie de resgate de vontades históricas.[417] E é do vínculo entre presente, passado e futuro que emerge a linearidade e a coerência das construções hermenêuticas.

Daí porque ser possível afirmar que o fato de as normas jurídicas não serem previamente concebidas, mas erigidas a cada instante em que os textos legais devam ser lidos e aplicados, não implica em se alcançar um resultado diferente e imprevisível a cada instante. Afinal, a atividade construtiva do intérprete não parte do vazio, mas de elementos concretos (horizonte constitucional, textos legais, precedentes, dogmática jurídica), pré-existentes, que orientam este trabalho e permitem antever resultados coerentes.

6 Hermenêutica e jurisdição constitucional

Diante da realidade hoje vigente, que coloca a Constituição e sua pauta valorativa como referenciais para toda atividade hermenêutica, o exercício de construção de normas jurídicas deve ter sempre em mira a plena expressão

---

[416] DWORKIN. *O Império do Direito. Op. cit.,* p. 203.
[417] DWORKIN. *O Império do Direito.Op. cit.,* p. 274.

dos valores constitucionalmente amparados, em um constante e rico diálogo entre o plano normativo maior e as regras abstraídas do direito infraconstitucional. Esta atividade coloca permanentemente diante dos olhos do intérprete o horizonte constitucional, fonte primeira para compreender os textos legais.

Quando se nota que o principal espaço para exercício da hermenêutica é o processo judicial, percebe-se o quanto avulta a *jurisdição constitucional.* Afinal, questiona Lenio Streck: "(...) *não parece óbvio que a Constituição é uma norma superior às demais e que ela – a Constituição – é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais?*"[418] A resposta positiva conduz à necessária conclusão de que as normas infraconstitucionais, fruto da atividade hermenêutica, somente são válidas se estiverem em conformidade com o plano normativo maior.

A sequencia natural deste raciocínio indica que o exercício interpretativo construtivo desenvolvido pelos variados partícipes do processo dialético judicial, junto ao Poder Judiciário, coloca diante deste a necessidade de apreciar a adequada correlação entre os comandos normativos construídos e o plano valorativo maior. Ao se desincumbirem desta tarefa, que pode e deve informar o cotidiano da atividade judiciária, os juízes dão vida a uma jurisdição de matiz constitucional,[419] em uma atividade de permanente renovação/atualização do Direito, dinamizando-o, inscrevendo-o definitivamente na contemporaneidade que lhe é dada a tutelar.

Com esteio nestas premissas, entende-se possível afirmar que toda atividade jurisdicional, segundo o modelo oferecido pela hermenêutica

---

[418] STRECK. *Jurisdição Constitucional... Op. cit.*. p. 573.

[419] Ressalte-se que a idéia não é de todo nova, afinal, Pontes de Miranda já afirmava, em 1936, o dever dos julgadores de aferir a constitucionalidade de todas as leis, se bem que partisse de premissas diversas. "O juiz não tem o arbítrio de deixar de-parte a questão constitucional ou questões constitucionais que as partes ou o Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. (...) Daí dever-se entender que, se aplicou o teto da lei ordinária (...) sem se manifestar sobre a sua inconstitucionalidade, o reputou *constitucional*." MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil.* tomo II. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 548.

contemporânea, possui natureza constitucional. Em sentido semelhante aponta Lenio Streck:

> Mesmo quando o juiz aplica 'literalmente' a lei, estará interpretando, uma vez que, primeiro, estará em pleno exercício da jurisdição constitucional, porque, ao aplicar a lei, o faz eis que esta passou pelo filtro da Constituição; segundo, porque em face do texto legal há sempre um contexto.[420]

O modelo constitucional brasileiro, ao reconhecer a possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa, realizável por cada julgador em face dos casos em concreto, favorece sobremaneira a implementação de conceitos como os que se busca ora edificar. Maiores esforços argumentativos acabam por ser dispensados na defesa de uma atuação jurisdicional descentralizada e diretamente orientada à implementação do plano normativo maior, assegurando sua eficácia e integridade. Afinal, ao estabelecer o espaço a ser ocupado pela função jurisdicional, o legislador constituinte assegurou que seria amplo o suficiente para abarcar, na esteira da tradição brasileira, a prerrogativa de aferir a validade das regras infraconstitucionais, poder conferido a todos os órgãos de atuação do Judiciário.[421]

A prática de uma hermenêutica construtiva também contribui para vivificar o sentido de remédio contramajoritário às Constituições conferido, servindo de anteparo para as minorias representativas contra as vontades das maiorias, sejam estas eventuais ou não. Consoante as palavras de Kelsen:

> Asegurando la confección constitucional de las leyes, y en especial, su constitucionalidad material, la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. La democracia de la

---

[420] STRECK. *Op. cit.,* p. 595.
[421] Semelhante constatação foi feita por J. J. Gomes Canotilho, ao comentar a estrutura judiciária portuguesa, onde, tal qual no Brasil, também convivem os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Afirma o autor que os tribunais, como têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir os incidentes de inconstitucionalidade, podem ser todos classificados como "*órgãos da justiça constitucional*". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 917.

> mayoría se lace soportable cuando es ejercida de manera regular.[422]

Entendendo-se a Constituição como um mecanismo capaz de promover bem estar e igualdade e, em nome dos valores que se propõe a realizar, opor-se aos desejos das maiorias que se formam com as marés democráticas, "(...) haverá ocasiões em que a intervenção do judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto constitucional."[423] Desta forma, como propugna Cláudio Pereira de Souza Neto, cumpre ao Judiciário a função de guardião da democracia assegurando que a esfera de intangibilidade formada em torno dos valores fundamentais reste resguardada.[424]

A defesa de uma democracia pluralista, onde aos interesses das minorias sejam ofertados mecanismos de defesa contra as forças dominantes, transforma o Judiciário em legítimo canal para manifestação destas demandas, mormente em face de demandas individuais ou de grupamentos humanos que não encontram, pelo processo democrático eleitoral, espaço para manifestar suas reivindicações. Em verdade, para larga parte do substrato social, o Poder Judiciário é o único espaço através do qual é possível exprimir seus anseios, fazendo-os chegar aos representantes do Poder Público.

O exercício de semelhante tarefa viabiliza o acontecer de uma nova dimensão da jurisdição constitucional, a qual se mostra crucial no implementar de uma pauta de valores amparada na Lei Fundamental. Combinada a uma constante releitura do sistema jurídico infraconstitucional à luz dos paradigmas por aquela ofertados, possibilita o cumprimento da tarefa de impregnar toda a ordem jurídica com o substrato axiológico fundamental do Estado Democrático de Direito. Daí porque se entender que abraçar semelhante concepção acerca da magnitude que à jurisdição constitucional pode ser atribuída leva,

---

[422] KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (La justicia constitucional). Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 99.
[423] STRECK. *Op. cit.,* p. 592.
[424] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do principio democrático. *in* BARROSO, Luís Roberto. (org.) *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322-323.

necessariamente, a uma nova mirada sobre o sistema de controle difuso, cuja relevância se avulta até o ponto de esbarrar nas limitações que historicamente se lhe reconhecem e que o tempo presente só tem feito robustecer.

Conclusão

Como se buscou demonstrar, o Direito é uma estrutura viva e cambiante, que não subsiste apenas em diplomas legais, mas deles emana projetando-se pela sociedade. O processo de vivificação das normas jurídicas depende, fundamentalmente, da atuação dos intérpretes, aos quais é dada a tarefa de *dialogar* com os textos legais na busca pela compreensão que melhor reflita os interesses sociais merecedores de proteção.

Segundo as lições de Gadamer, o resultado deste trabalho atrela-se visceralmente à pessoa do intérprete, que carrega em si concepções prévias imprescindíveis à compreensão das mensagens que podem emanar dos textos. Estas concepções - as *pré-compreensões* - por seu turno, são dadas ao intérprete pela tradição, o conjunto de elementos sociais, humanos e históricos que o circundam e dão forma à sua própria personalidade. Sem estas, os textos nada diriam a seus leitores, não lhes permitindo encontrar sentido algum.

Afirmar que os sentidos dos textos legais somente emergem após sua análise hermenêutica - não existindo sentidos prévios, imanentes aos textos - pode abrir espaço para que se conclua serem os intérpretes dotados de ampla discricionariedade, acarretando, ao final, que as normas jurídicas sejam aquilo que eles decidam. Esta possibilidade, porém, não encontra amparo na teoria gadameriana.

Os ensinamentos deste autor deixam claro que a interpretação - ainda que não siga métodos herméticos previamente traçados, nem parta de verdades prévias - não é tarefa arbitrária, sendo certo que os entes interpretativos se encontram vinculados a elementos comuns, fornecidos pela *tradição*, que dita o contexto histórico no qual se vejam inseridos. Daí porque pessoas pertencentes a uma mesma comunidade possuírem valores comuns,

terem diante de seus olhos perspectivas semelhantes. O pensamento pode não ser idêntico entre os membros de uma coletividade, mas sempre conterá traços comuns capazes de lhe conferir alguma homogeneidade.

Ademais, na hermenêutica jurídica os intérpretes contam com uma *matéria prima* única, que são os textos normativos. Estes, seja pela sua inserção em um sistema jurídico, seja por uma simples questão de códigos lingüísticos, funcionam como um limite para os resultados possíveis do processo de adjudicação de sentidos realizado pelo hermeneuta. Afinal, existem parâmetros de linguagem comuns e conceitos jurídicos aceitos pela comunidade que não podem ser rompidos facilmente, sob pena de não se mostrarem justificáveis as conclusões encontradas.

Neste ponto, os estudos de Ronald Dworkin contribuem para robustecer a linha de raciocínio desenvolvida. Sustenta este autor a compreensão do *Direito como integridade*, tese que busca afirmar o compromisso que o intérprete possui com o passado e com o futuro. Usando termos mais caros a Gadamer, só se assegura a integridade do Direito quando a interpretação é realizada numa perspectiva de *fusão de horizontes* - histórico e presente: ampara-se em valores consolidados no passado, mas se mantém atenta à realidade presente, de modo a assegurar o atendimento de necessidades futuras.

O passado, de onde emanam os dados capazes de dar forma à tradição, encontra pouso na Constituição, refletindo, esta, espécie de fotografia de uma realidade histórica. Os valores plasmados no texto constitucional funcionam como o horizonte histórico que orienta o intérprete na sua busca pela melhor compreensão do Direito, capaz de refletir a tradição ao mesmo tempo em que busca atender a necessidades presentes.

Desta feita, a pauta de valores constitucionais adquire condição de referencial no processo interpretativo/construtivo, servindo a atividade hermenêutica como espaço para que estes adquiram concretude e atualidade. Ao mesmo tempo, servem de norte e baliza para os intérpretes, orientando-os

e fornecendo razoável previsibilidade quanto aos resultados possíveis de seu labor.

Evidencia-se, desta forma, a íntima relação entre hermenêutica jurídica e constitucionalismo, sendo certo que, pela via dos processos interpretativos, é possível conferir efetividade à Constituição, permitindo a irradiação de seus valores por toda a ordem jurídica.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

__________. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *in* Barroso, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores.* Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I.* Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

JAMES, William. O que significa o Pragmatismo. *in Pragmatismo.* Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (La justicia constitucional). Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil.* tomo II. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito.* Trad. Maria Ernantina Galvão. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

__________.*Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do principio democrático. *in* BARROSO, Luís Roberto. (org.) *A Nova Interpretação Constitucional.* Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.